

**SAGGI**

Trust tra garanzie atipiche e divieto del patto commissorio di <b>Amalia Chiara Di Landro</b>	353
Trust di scopo a vantaggio di una procedura concorsuale di <b>Maurizio Casalini</b>	359
Trust e elusione fiscale di <b>Gaetano Scazzeri</b>	367
Il trust di sostegno di <b>Annapaola Tonelli - Andrea Bulgarelli</b>	375
Prestito di “scopo” e “Quistclose trust”: dall’inadempimento (contrattuale) al “tradimento” (di un dovere fiduciario) di <b>Alberto Lupoi</b>	386
Il registro francese delle <i>fiducie</i> di <b>Daniela Pappadà</b>	391
Le società fiduciarie e lo “scudo ter” di <b>Federico Rasi</b>	396

**GIURISPRUDENZA ITALIANA**

Sostituzione del trustee dimissionario e ruolo del Presidente del Tribunale Italia, Tribunale di Genova, 29 marzo 2010, Aletti Fiduciaria S.p.a., G. e M.	408
Intavolazione del trasferimento di bene immobile dal trustee al disponente a seguito della cessazione del trust Italia, Tribunale di Trieste, Giudice Tavolare, A. Barzazi, 17 luglio 2009, G. Chersi	410
Stato di insolvenza e apertura di conti correnti “dedicati” per la conservazione del patrimonio sociale Italia, Tribunale di Milano, Sezione Fallimentare, II Civile, 25 marzo 2010, Interim 25 S.p.a. e altri c. OSC Service Center S.p.a.	411
Omessa vigilanza sull’attività delle società fiduciarie e responsabilità dell’amministrazione pubblica Italia, Corte di Cassazione, Sez. III, 27 marzo 2009, n. 7531, Ministero delle Attività Produttive c. Tedesco e altri	414

**GIURISPRUDENZA ESTERA**

Sottoscrizione di quote di fondo di investimento e <i>Quistclose trust</i> Bermuda, Court of Appeal for Bermuda, 19 novembre 2009, Kingate Global Fund Ltd v Knightsbridge (USD) Fund Limited, Fortis Bank (Nederland), Standard Chartered Bank, The Bank of Bermuda Limited (HSBC)	425
--	-----

### PRASSI NEGOZIALE

Trust per la realizzazione di un ospedale di <b>Gabriella La Torre - Raffaella Sarro</b>	433
Un caso di “manutenzione” del trust: la sostituzione del trustee di <b>Domenico Parisi</b>	438

### PRASSI ITALIANA

Atto di nomina di nuovo trustee	446
Sostituzione del trustee e formalità pubblicitaria	449
Atto di cessazione del trust “Nuvole Bianche”	451
Trust di scopo a vantaggio di una procedura concorsuale: la formalità pubblicitaria	454

#### Errata corrige

Nell'articolo di A. D'Alessandro - pubblicato nel n. 3 del 2010, pag. 333 - dopo le parole “gli interessi da proteggere” a pag. 339 non è stata inserita la nota che indica la fonte da cui è stato sostanzialmente tratto il periodo da “Una considerazione preliminare s'impone:” a “gli interessi da proteggere (nel nostro caso: l'Italia, essendo italiani i beneficiari del trust)”, ossia D. Muritano - S. Bartoli, “Le clausole dei trusts interni”, Utet, 2008, pagg. 155-156.

Ce ne scusiamo con gli interessati e con i lettori.

# Trust tra garanzie atipiche e divieto del patto commissorio

di **Amalia Chiara Di Landro**

Com'è noto, la prassi dei trust interni mostra un significativo utilizzo dell'istituto in funzione di garanzia, particolarmente allo scopo di incentivare la concessione di finanziamenti e permettere un più agevole accesso al credito. Il disegno di legge comunitaria 2010, all'art. 10, nel conferire delega al Governo per introdurre nel codice civile la disciplina del contratto di fiducia, indica tra i criteri direttivi quello di adottare una specifica normativa per la fiducia a scopo di garanzia.

## ■ Introduzione. Lo stato del dibattito e il disegno di legge relativo alla legge comunitaria 2010

A testimoniare la rilevanza dell'impiego del trust a scopo di garanzia, oltre alla prassi, è intervenuto il disegno di legge relativo alla legge comunitaria 2010, il cui art. 10, per tanti versi discutibile, prevede una delega al Governo ad adottare, entro 24 mesi dalla sua entrata in vigore, uno o più decreti legislativi recanti, nell'ambito del titolo III del libro IV del codice civile, la disciplina speciale del contratto di fiducia, per realizzare (II comma) "il necessario coordinamento con le altre disposizioni vigenti, anche tributarie" e (VI comma, lett. r) "con la disciplina fiscale vigente in materia di trust". Fra i criteri direttivi, quello di dettare una disciplina specifica per la fiducia a scopo di garanzia, "quale contratto con cui si garantiscono crediti determinati o determinabili, con previsione, in quest'ultimo caso, dell'importo massimo garantito"(1).

Sui trust di garanzia, poi, si registrano tanto adesioni favorevoli della prassi(2) e della dottrina(3) – che hanno evidenziato una generale insoddisfazione per l'attuale stato del diritto delle garanzie reali tipiche e tentato di ricorrere a schemi atipici più duttili, ricavati dal diritto contrattuale – quanto posizioni più critiche, argomentate con il numero chiuso dei diritti reali (di garanzia) e con la possibile violazione

del principio della *par condicio creditorum* e del divieto di patto commissorio(4). Siffatte perplessità il trust condivide, com'è noto, fra l'altro con le varie ipotesi riconducibili allo schema della vendita a scopo di garanzia(5).

Amalia Chiara Di Landro - Ricercatore di diritto privato e docente di Diritto dei Trusts presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Mediterranea di Reggio Calabria.

Note:

(1) Nel contratto di fiducia a scopo di garanzia devono risultare, a pena di nullità, il debito garantito e il valore del bene trasferito in garanzia. Il contratto può essere concluso esclusivamente con un fiduciante (?) che agisce per scopi inerenti alla propria attività professionale o imprenditoriale. La fiducia può "essere destinata a garantire debiti diversi da quelli per cui era stata originariamente costituita, qualora l'atto costitutivo preveda tale possibilità e purché si tratti di crediti derivanti da rapporti già costituiti ovvero da costituirsi entro limiti temporali specificamente determinati". Quest'ultima disposizione è sintomatica di esigenza di flessibilità, cui allo stato può rispondere il trust.

(2) M. Lupoi, Parere su una ipotesi di trust di garanzia, in questa Rivista, 2002, 133. Trib. Firenze, 6 settembre 2008, *ivi*, 2009, 549; Comm. Tributaria Provinciale di Treviso, 30 aprile 2009, n. 48/1/09, *ivi*, 2010, 73.

(3) E. Gabrielli, Garanzie rotative, garanzie fluttuanti e trust. Problemi generali, in questa Rivista, 2002, 518, a p. 519; G. Santo, Trust di strumenti finanziari in funzione di garanzia, *ivi*, 2002, 128; *Id.*, Trust e pegno rotativo, *ivi*, 2000, 322.

(4) Su cui, fra gli altri, C. M. Bianca, Il divieto del patto commissorio, Milano, 1957, pp. 85 s.

(5) La compravendita di un bene con modificazione, attraverso patti accessori, della funzione di scambio in funzione di garanzia costituisce in capo al creditore tutelato non solo un diritto di prelazione, perché determina il trasferimento del diritto di proprietà, con un profilo di possibile violazione del divieto di patto commissorio: si tratta soprattutto di vendite sospensivamente o risolutivamente condizionate all'(in)adempimento del debitore, vendite con patto di riscatto o di retrovendita. In particolare, distinguendo in relazione al diverso momento del passaggio di proprietà del bene secondo l'accordo delle parti, in giurisprudenza inizialmente è stata considerata nulla per violazione del suddetto divieto la compravendita stipulata tra debitore (alienante) e creditore (acquirente) e sottoposta alla condizione sospensiva dell'inadempimento del debitore (Cass., 4 agosto 1950, n. 2373, Giur. it., 1951, I, c. 114 s.; Cass., 31 marzo 1955, n. 956, Rep. Foro it., 1955, voce "Patto commissorio", nn. 1-2; Cass., 30 luglio 1957, n. 3229, Mass. Foro it., 1957, c. 631); è stata, invece, ammessa, perché non integrante la fattispecie di cui all'art. 2744 cod. civ., la vendita tra debitore e creditore con efficacia immediata, ma risolutivamente condizionata (o con patto di riscatto o di retrovendita) all'adempimento del debitore (Cass., 30 marzo 1967, n. 689, Giur. it., 1968, I, I, c. 52; Cass., 14 dicembre 1978, n. 5967, Arch. civ., 1979, 462; Cass., 10 marzo 1979, n. 1493, Rep. Giur. it., 1979, voce "Patto commissorio", n. 4; Cass., 26 gennaio 1980, n. 642, Arch. civ., 1980, 681; Cass., 29 aprile

(segue)

L'analisi di tali ultime fattispecie, insieme alle sollecitazioni della prassi ed alle proposte normative citate, suggerisce alla riflessione qualche considerazione ulteriore su questo tema.

## ■ Trust di garanzia. La struttura dell'atto istitutivo

Il trust di garanzia potrebbe strutturarsi tanto come trust con beneficiari che come trust di scopo.

Nella scelta sui dati strutturali ruolo fondamentale riveste, come in ogni caso (l'interpretazione del) la legge straniera eletta: essa deve essere compatibile con le finalità del disponente, consentire di attuare le soluzioni previste nell'atto istitutivo e aiutare a dirimere conflitti interpretativi sull'atto. Sovente la scelta cadrà su normative del modello internazionale: la legge di Jersey(6), ad esempio, a differenza della legge inglese, consente i trust di scopo non caritatevole, a condizione della presenza dell'*enforcer* (guardiano), deputato a controllare l'attività del trustee e ad agire contro di lui in caso di inadempimento, violazione o cattiva esecuzione delle sue obbligazioni.

Nel caso di trust senza beneficiari, lo scopo dichiarato potrà essere quello di soddisfare le ragioni creditorie del soggetto che concede il finanziamento.

Nel caso di trust con beneficiari finali, questi potranno essere soggetti diversi, fra cui anche taluni intermediari che concedono il credito.

Nei trust di garanzia, dunque, i vari elementi saranno da inserirsi nel quadro dell'operazione più ampia che giustifica la concessione della garanzia medesima(7). I beneficiari, in particolare, saranno titolari di posizioni giuridiche definite in modo preciso e correlate all'operazione cui è connessa la garanzia: come tali essi non saranno sostituibili né dal disponente, né dal trustee, né dal guardiano.

Disposizioni diverse potranno essere stabilite circa la spettanza del reddito (o la previsione del potere

### Note:

(continua nota 5)

1980, n. 2854, Rep. Giur. it., 1980, voce "Patto commissorio", n. 1; Cass., 14 aprile 1981, n. 2245, ivi, 1981, voce "Vendita", n. 73; Cass., 12 novembre 1982, n. 6005, ivi, 1982, voce "Patto commissorio", n. 2; Cass., 6 giugno 1983, n. 3843, ivi, 1983, voce "Vendita", n. 75; Cass., 18 aprile 1984, n. 2544, ivi, 1984, voce "Patto commissorio", n. 4).

Con la pronuncia 3 giugno 1983, n. 3800, poi confermata nel 1989 (Cass., 3 aprile 1989, n. 1611, Corr. giur., 1989, 522), la Cassazione ha adottato un criterio funzionale e ha ritenuto nulle anche le alienazioni immediatamente traslative di proprietà, se stipulate a scopo di garanzia. Anche successivamente, le motivazioni sono state connesse alla frode al divieto di patto commissorio o alla violazione diretta dell'art. 2744 cod.

civ. (Cass., 27 febbraio 1991, n. 2126, Giur. it., 1992, I, 1, c. 136; Giust. civ., 1992, I, 3167; Cass., 27 settembre 1994, n. 7878, Contratti, 1995, 271; Foro it., 1995, I, c. 1227; Notariato, 1995, 225; Riv. not., 1995, II, 1004; Cass., 28 settembre 1994, n. 7890, Corr. giur., 1995, 60; Foro it., 1995, I, c. 1227; Cass., 13 dicembre 1994, n. 10648, Mass. Cass. civ., 1994; Cass., 4 marzo 1996, n. 1657, Giur. it. Mass., 1996, 34; Cass., 4 novembre 1996, n. 9540, Riv. not., 1998, 1013 (nota P. De Martinis); Cass., 10 febbraio 1997, n. 1233, Riv. not., 1998, 299 (nota V. Gammone); Notariato, 1998, 142 (nota A. De Rosa); Cass., 11 febbraio 1998, n. 1396, Riv. not., 1998, 745).

Fra le altre fattispecie, è stato considerato nullo anche il mutuo con contestuale promessa di vendita di un bene per il caso di inadempimento dell'obbligo di restituzione *ex mutuo* (è il c. d. patto commissorio obbligatorio, su cui Cass., 12 novembre 1982, n. 6005, Giur. it. Mass., 1982, 1438; Cass., 9 giugno 1986, n. 3815, Giur. it. Mass., 1986, 649; Trib. Terni, 12 gennaio 1993, Riv. giur. umbra, 1993, 357; Cass., 16 agosto 1990, n. 8325, Giur. it., 1991, I, 1, c. 1208; Cass., 19 settembre 1992, n. 10749, Giust. civ., 1993, I, 3055; Cass., 4 marzo 1996, n. 1657, Giust. civ. Mass., 1997, 23; Cass., 20 luglio 2001, n. 9900, Rep. Foro it., 2001, 546; Cass., 8 febbraio 2007, n. 2725, Giust. civ. Mass., 2007, 2; Cass., 20 giugno 2008, n. 16953, Giust. civ. Mass., 2008, fasc. 6, 1006; in dottrina, C. M. Bianca, Il divieto del patto commissorio [*supra*, nota 4], p. 177 s.; U. Carnevali, voce "Patto commissorio", Enc. dir., vol. XXXII, Milano, 1982, 499).

È stato considerato ammissibile – e questo, come si vedrà, può risultare significativo in un'ottica di comparazione con il trust – il mandato a vendere un immobile conferito al creditore e da eseguirsi in caso di mancato adempimento dell'obbligazione, perché la proprietà del bene non passerebbe al creditore in conseguenza dell'inadempimento, ma l'immobile medesimo sarebbe alienato a terzi con la diligenza del buon padre di famiglia, ad un prezzo non prefissato, ma determinato dal suo stesso valore di mercato; il creditore avrebbe diritto di soddisfarsi sul ricavato del prezzo, ma sarebbe tenuto a restituire l'eccedenza al debitore e non sarebbe violata la *par condicio creditorum* e la proporzione tra garanzia e credito (Cass., 5 febbraio 1979, n. 766, Riv. not., 1979, 619; Cass., 1° giugno 1993, n. 6112, Mass., 1993, 89. In dottrina, R. Genghini, Patto commissorio e procura a vendere, Contr. e impr., 1, 1995, 260, a p. 285; *contra*: V. Andrioli, Divieto del patto commissorio, Comm. cod. civ. a cura di A. Scialoja – G. Branca, artt. 2740–2899, II ed., Bologna – Roma, 1955, p. 51 s., 57; P. De Martinis, Estensione del divieto del patto commissorio a fattispecie procedurali, nota a Cass., 4 novembre 1996, n. 9540, Riv. not., 1998, 1022, a p. 1025).

Quanto alla vendita del bene a scopo di garanzia operata da un terzo, garante del debito altrui, sono state prospettate soluzioni diverse: per la dottrina prevalente (fra gli altri, V. Andrioli, Divieto del patto commissorio [*supra*, in questa nota], p. 54; in questo senso anche Cass., 29 agosto 1998, n. 8624, Foro it., 1999, I, c. 175 (nota A. Candian)); questa fattispecie sarebbe nulla per violazione del divieto del patto commissorio, posto a tutela non solo del debitore, ma in genere di chi sia esposto a una responsabilità patrimoniale e sia proprietario del bene soggetto a garanzia.

È stato inoltre ammesso il c. d. patto marciano, cioè l'accordo per il quale in caso di inadempimento il bene passa in proprietà al creditore, ma sulla base di una stima effettuata da un terzo al momento dell'inadempimento, prevedendo altresì l'obbligo, in capo al creditore, di restituire al debitore l'eventuale eccedenza tra il valore del bene e l'importo del debito. Tale fattispecie è stata considerata valida perché il prezzo dell'alienazione non è predeterminato e viene garantito l'equilibrio tra le prestazioni, assurgendo, anzi, a contenuto tipico del contratto e integrando un vero e proprio diritto del debitore alla restituzione dell'eccedenza (Cass., 6 ottobre 1995, n. 10805, Rass. giur., 1995, 853; Trib. Roma, 16 settembre 2008, Giust. civ., 2009, 6, 1424). Nello stesso senso si è pronunciata la dottrina (C. M. Bianca, Il divieto del patto commissorio [*supra*, nota 4], p. 202 s.; U. Carnevali, voce "Patto commissorio" [*supra*, in questa nota], a p. 505; F. Anelli, L'alienazione in garanzia, Milano, 1996, p. 469).

(6) Trusts (Jersey) Law 1984, modificata da ultimo con la Trusts (Amendment n. 4) (Jersey) Law 2006, entrata in vigore il 27 ottobre 2006.

(7) M. Molinari, Il trust di garanzia e il suo impiego per un finanziamento imprenditoriale, in Aa. Vv., Trust: opinioni a confronto, Atti dei Congressi dell'Associazione "Il trust in Italia", Milano, 2006, 498; E. Berti Riboli – M. Molinari, Trust a garanzia di un finanziamento imprenditoriale, in questa Rivista, 2005, 319.

del trustee di non corrisponderne per permetterne l'incremento di valore dei beni in trust).

È possibile, infatti, strutturare un trust in cui sia il disponente garante beneficiario del reddito e del fondo finale e in cui al trustee sia attribuito il potere di concedere fideiussione in favore di un soggetto nei confronti di un intermediario finanziario; quest'ultimo sarebbe beneficiario non del trust, ma della fideiussione.

Anche il termine sarà correlato alla durata dell'operazione cui il trust è connesso.

Sopraggiunto in particolare il termine finale, ove la concessione del credito e le restituzioni siano andate a buon fine, i beni in trust rientreranno nel patrimonio del disponente o di chi da lui designato (come beneficiario finale). Il disponente potrebbe anche stabilire che i beni rimangano vincolati per soddisfare altri interessi, ad esempio di tipo familiare o successorio, così strutturando il trust come familiare, con termine più lungo (della durata del rapporto al quale accede la garanzia) e possibilità di sostituzione del trustee, venuta meno la funzione di garanzia(8).

Ove l'operazione di finanziamento non abbia funzionato correttamente, i beni saranno alienati per soddisfare le pretese creditorie del soggetto garantito.

## ■ I vantaggi del trust

Quali le peculiarità dell'utilizzazione di questo istituto in funzione di garanzia?

a) L'estrema flessibilità del trust; siffatto strumento non pone limiti dal punto di vista dei soggetti, né dei beni che possano essere vincolati.

Il trust può rispondere all'esigenza di costituire garanzie senza ricorrere ad eccessivi formalismi e permettendo al creditore, in caso di inadempimento, l'escussione senza dover attivare una procedura esecutiva.

b) L'effetto segregativo: il timore della non convenienza dell'operazione può essere vinto dalla considerazione dell'operatività del suddetto effetto; il che è un vantaggio sia per il trustee, sia per i vari attori coinvolti in questa operazione.

Da questo punto di vista significativa è la previsione del citato art. 10 del disegno di legge comunitaria sul contratto di fiducia, che prevede – proprio nell'ottica dell'effetto segregativo rispetto al patrimonio personale del trustee e della successiva devoluzione dei beni ai beneficiari finali – la “nullità di qualunque patto che abbia per oggetto o per effetto di li-

berare il fiduciario dall'obbligo di corrispondere al beneficiario o, se diversamente previsto dal titolo, al fiduciante, il saldo netto risultante dalla differenza tra il valore dei beni costituenti la garanzia e l'ammontare del debito garantito, all'epoca dell'escussione della garanzia” (1.4).

c) La surrogazione reale, che comporta il trasferimento del vincolo del trust dai beni originari a quelli oggetto di eventuale trasformazione a seguito dell'attività di gestione ed amministrazione del trustee(9).

Si tratta di caratteristica che il trust condivide, ad esempio, con il pegno rotativo(10), rispondendo alla necessità dei mercati finanziari di superare la fissità dell'oggetto della garanzia reale.

Ed anche in questo caso significativa è la previsione del citato disegno di legge sul contratto di fiducia che prevede la necessità di talune regole “per il caso in cui i beni concessi in garanzia, anche nell'ipotesi di complesso di beni o altri elementi aziendali, siano sostituiti nel corso del rapporto, disponendo in particolare che il valore dei beni sostitutivi non possa essere superiore a quello dei beni sostituiti e che, qualora lo sia, la garanzia non si estenda oltre il valore del bene originario”.

d) L'obbligazione fiduciaria del trustee: il pericolo di un risultato antieconomico dovrebbe essere argina-

### Note:

(8) M. Lupoi, Parere su una ipotesi di trust di garanzia [*supra*, nota 2], a p.135.

(9) Cfr. sul punto M. Molinari, Il trust di garanzia e il suo impiego per un finanziamento imprenditoriale [*supra*, nota 7], a p. 496 s.

(10) Che, com'è noto, è quella “forma di garanzia che consenta la sostituibilità e mutabilità nel tempo dell'oggetto senza comportare, ad ogni mutamento, la rinnovazione del compimento delle modalità richieste per la costituzione della garanzia o per il sorgere del diritto di prelazione, ovvero senza che dia luogo alle condizioni per la revocabilità dell'operazione economica in tal modo posta in essere”: così E. Gabrielli, Le garanzie rotative, in F. Galgano (cur.), I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario, Milano, 1995, I, p. 853. In argomento, cfr. anche M. Rescigno, Le garanzie “rotative” convenzionali: fattispecie e problemi di disciplina, Banca, borsa, 2001, I, 1.

Il pegno rotativo risulta generalmente ammesso perché non si riscontrano alterazioni della funzione tipica di garanzia della relativa figura. Per il suo funzionamento però sarà necessario determinare, fin dal momento della sua costituzione, il meccanismo di rotatività del vincolo e le modalità di trasformazione degli oggetti. Del resto, la funzione del pegno rotativo (e il superamento della fissità del legame garanzia – bene immutabile con un ampliamento o un prolungamento della medesima) appare coerente con quanto stabilito dall'art. 46 del T.U. legge bancaria (D. Lgs. 1° settembre 1993, n. 385), che ha previsto la possibilità di costituire un privilegio mobiliare a garanzia di un finanziamento su beni in lavorazione e su “c) beni acquistati con il finanziamento concesso e d) crediti, anche futuri, derivanti dalla vendita dei beni indicati nelle lettere precedenti” e, quanto all'esperienza straniera, con la c.d. *floating charge* nel quadro del finanziamento delle imprese.

to dalla presenza del trustee, il quale è deputato alla amministrazione del fondo in trust gestendo i diversi interessi coinvolti in maniera il più possibile imparziale e unitaria; ciò tanto rispetto al soggetto nel cui interesse viene stipulata l'operazione, quanto rispetto al soggetto a cui favore viene prestata la garanzia.

### ■ I rapporti con il sistema delle garanzie tradizionali

Il vincolo su un insieme di beni a garanzia della concessione di un credito, realizzato con un trust, si pone in alternativa anzitutto all'iscrizione ipotecaria per i beni immobili ed al pegno per i beni mobili, la cui disciplina presenta taluni limiti significativi o richiede alcuni impegnativi adempimenti.

La normativa sul pegno, che richiede ex art. 2786 cod. civ. lo spossessamento del debitore ai fini della costituzione del diritto di garanzia, esclude una serie di beni (ad esempio, beni aziendali necessari alla produzione, merci in lavorazione) dal vincolo allo scopo del finanziamento. La disciplina del pegno di credito richiede particolari formalità ex art. 2800 cod. civ.: atto scritto, notifica al debitore del credito, accettazione di costui con atto scritto avente data certa. L'ipoteca comporta il ricorso a procedure esecutive giudiziali e rende più complicata la soddisfazione delle ragioni del finanziatore, comportando aggravii dei costi di procedura, allungamento dei tempi di recupero e maggiori difficoltà per l'accesso al credito. Inoltre, gli immobili su cui grava siffatto diritto reale di garanzia rimangono improduttivi, ed anzi possono subire una decurtazione di valore a causa dell'insistenza del vincolo ipotecario.

Ove si scegliesse di istituire un trust di garanzia, il trustee potrebbe amministrare i beni, adottando le misure più idonee al raggiungimento dello scopo del trust e, ove siano vincolati beni immobili, reinvestendo i canoni di locazione degli stessi per incrementare il patrimonio.

Non sfuggirà che, vincolando taluni beni per lo scopo dichiarato, attraverso questo schema si realizza una separazione patrimoniale preservando contestualmente il disponente, che intenda stipulare una garanzia in favore altrui, da responsabilità personale.

Questo specifico effetto dà un'ulteriore misura dei profili di utilizzazione del trust in funzione di garanzia e della sua maggiore competitività anche rispetto ad altre strutture contrattuali e alle garanzie personali, quali, ad esempio, la fideiussione.

All'utilizzazione di quest'ultimo contratto quale strumento di garanzia si oppongono, infatti, talune riserve, derivanti dai limiti intrinseci all'istituto.

Il compito di "tranquillizzazione" e garanzia del *partner* contrattuale può essere assolto dalla fideiussione solo in casi ben precisi; soprattutto nei contratti da cui scaturisce un'obbligazione pecuniaria. Inoltre la garanzia si espone, com'è ovvio, all'inadempimento ed all'incapienza patrimoniale anche del fideiussore.

Dal punto di vista di chi costituisce la garanzia, poi, l'esigenza può essere diversa: in taluni casi lo scopo, come si diceva, è proprio quello di evitare una responsabilità personale (anche sussidiaria), ma insieme di supportare patrimonialmente il soggetto in favore del quale viene prestata la garanzia; peraltro, la finalità di incentivo all'accesso al credito (ad esempio, per soggetti in condizioni patrimoniali precarie) non appare del tutto coerente con la disciplina della fideiussione, che prevede la surrogazione del fideiussore nei diritti del creditore e il regresso, pure rimesso all'iniziativa del fideiussore che ha pagato, contro il debitore principale (artt. 1949 e 1950 cod. civ.)(11).

È da dire che, in effetti, la disciplina codicistica delle garanzie personali (al contrario di quelle reali, più rigide) si è rivelata sufficientemente elastica, consentendo una serie di modifiche ai tradizionali schemi: basti pensare al caso della fideiussione *omnibus*, con cui si garantisce l'adempimento di tutti i debiti, compresi quelli che potranno sorgere successivamente al rilascio della fideiussione che il beneficiario della garanzia risulterà avere verso una banca alla scadenza pattuita, ovvero nel momento in cui la banca riterrà di recedere dal rapporto e di chiedere il saldo dei propri crediti(12).

Con tale formula, così come con una possibile utilizzazione dei trust in questa specifica funzione di garanzia, si evita di dover richiedere una nuova garanzia per ogni nuova operazione.

#### Note:

(11) Si consideri ancora, da questo punto di vista, l'invalidità della rinuncia preventiva del fideiussore per obbligazione futura ad avvalersi della liberazione ove il creditore "senza speciale autorizzazione del fideiussore, ha fatto credito al terzo, pur conoscendo che le condizioni patrimoniali di questo erano divenute tali da rendere notevolmente più difficile il soddisfacimento del credito" (art. 1956 cod. civ.).

(12) Sulla fideiussione *omnibus* si veda, fra l'altro, F. Briolini, Fideiussioni omnibus non "esaurite" e legge sulla trasparenza bancaria, Banca, borsa, 1996, I, 685.

È noto, inoltre, come il dubbio sull'assunzione di un rischio troppo elevato, in questo ambito, sia stato superato dal nuovo testo dell'art. 1938 cod. civ.(13), come riformato dall'art. 10 della legge 17 febbraio 1992, n. 154; tale disposizione ha affermato l'ammissibilità della fideiussione per un'obbligazione futura o condizionale con la previsione dell'importo massimo garantito (cfr. sul punto la disciplina del contratto di fiducia citata).

### ■ I rapporti con il divieto di patto commissorio

Proprio quest'ultimo profilo può essere significativo anche per la riflessione sulla utilizzazione dei trust a garanzia: le evidenziate peculiarità del trust ed i suoi vantaggi rispetto al sistema delle garanzie tradizionali devono ora essere vagliate alla luce della compatibilità con il divieto di patto commissorio.

La *ratio* dell'art. 2744 cod. civ. è stata variamente ricondotta alla tutela dell'interesse del debitore(14), per la necessità di proteggerlo (non tanto dalle pressioni del creditore che aspira ad ottenere la proprietà del bene ma, al limite), dal pericolo di sproporzione tra valore del bene preteso ed importo del debito; ancora, alla tutela delle ragioni degli altri creditori sul patrimonio del debitore, penalizzati da un accordo che (integri gli estremi del patto commissorio e) legittimi (in favore del creditore garantito dal suddetto patto) una causa di prelazione atipica, contro il principio della *par condicio creditorum*(15); infine, all'interesse generale (che giustificerebbe la sanzione della nullità) per evitare di generalizzare, attraverso patto di stile, un sistema di garanzie che superi l'assoggettamento del patrimonio del debitore ai fini di garanzia generale considerati dall'articolo 2740 cod. civ.(16).

Le perplessità sull'inadeguatezza o non pertinenza della sanzione della nullità a tutelare i citati interessi devono convivere con la considerazione che la portata del divieto di cui all'art. 2744 cod. civ. è stata in parte limitata, in materia di contratti di garanzia finanziaria, dal D. Lgs. 21 maggio 2004, n. 170(17), emanato in attuazione della direttiva 2002/47/CE.

Quest'ultimo atto normativo, in particolare, ha escluso l'applicazione dell'art. 2744 cod. civ. ai suddetti contratti (art. 6), attribuendo al creditore pignoratorio la facoltà di vendere le attività finanziarie oggetto del pegno, trattenendo il corrispettivo a sod-

disfacimento del proprio credito, e di appropriarsi delle attività finanziarie oggetto del pegno, diverse dal contante, fino a concorrenza del valore dell'obbligazione finanziaria garantita(18).

Ancor prima di questa significativa innovazione normativa, peraltro, la dottrina(19) aveva evidenziato la necessità di riflettere se la norma in commento abbia ancora una ragione di essere nella razionalità complessiva del sistema, costituendo allora un ostacolo alla utilizzazione del trust in funzione di garanzia; o se, in sostanza, essa debba considerarsi implicitamente abrogata. Dovrà inoltre tenersi conto dell'opinione di chi(20) ha ritenuto che le disposizioni di cui agli artt. 2744 e 1963 cod. civ. contengano norme materiali, in quanto non mirano tanto a "colpire" una struttura (e dunque una fattispecie) quanto un risultato. Il che, peraltro, comporta che le norme suddette, indipendentemente da una loro applicazione

#### Note:

(13) Sulla legittimità costituzionale del nuovo testo dell'art. 1938 cod. civ., per le fideiussioni *omnibus* rilasciate anteriormente all'emanazione di tale ultima legge, si veda C. Cost., 27 giugno 1997, n. 204, Giur. it., 1998, 4.

(14) Per la cui tutela risulterebbe però sproporzionata la sanzione della nullità in luogo dell'annullabilità, normalmente deputata a tutelare interessi personali.

(15) Anche in tal caso, peraltro, la sanzione della nullità appare forse sproporzionata rispetto all'ordinaria modalità di tutela dei creditori, demandata all'azione revocatoria, che comporta la sola inefficacia relativa dell'atto lesivo.

(16) C. M. Bianca, Il divieto del patto commissorio [*supra*, nota 4]; A. Luminoso, Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio, Riv. dir. civ., 1990, I, 239; U. Carnevali, voce "Patto commissorio" [*supra*, nota 5], a p. 503.

(17) In Gazzetta Ufficiale, 15 luglio, n. 164. In argomento, cfr. F. Vismara, Legge applicabile alle garanzie su strumenti finanziari in forma scritta, Dir. comm. internaz., 2005, 345.

(18) Significativa anche la previsione dell'art. 5, che prevede che "il creditore pignoratorio può disporre, anche mediante alienazione, delle attività finanziarie oggetto del pegno, se previsto nel contratto di garanzia finanziaria e conformemente alle pattuizioni in esso contenute. Il creditore pignoratorio che si sia avvalso della facoltà indicata nel comma 1 ha l'obbligo di ricostituire la garanzia equivalente in sostituzione della garanzia originaria entro la data di scadenza dell'obbligazione finanziaria garantita. La ricostituzione della garanzia equivalente non comporta sostituzione di una nuova garanzia e si considera effettuata alla data di prestazione della garanzia originaria".

(19) A. Gambaro, voce "Trusts", Dig. Disc. Priv., Sez. Civ., vol. XIX, Torino, 1999, 468.

(20) G. Baralis, Vendita per ragioni di garanzia e vendita per ragioni di bisogno, Riv. not., 2009, 317; Cass., 15 marzo 2005, n. 5635; Cass., 2 febbraio 2006, n. 2285, Giust. civ., 2007, 700; A. Bergamo, Brevi note sul divieto di patto commissorio, Giur. it., 2000, 1600; A. Luminoso, Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio [*supra*, nota 16], a p. 240.

estensiva o analogica, abbiano “in sé, intrinsecamente, una ampia dilatazione”(21).

## ■ Conclusioni

Proprio guardando al risultato – e dunque alla concreta operazione che con una precisa strutturazione dell'atto istitutivo si vuole programmare – può formularsi qualche riflessione conclusiva sul trust di garanzia.

A questi fini possono essere utili gli spunti incidentalmente offerti dall'analisi della disciplina della fideiussione *omnibus*; le sollecitazioni offerte dal disegno di legge comunitaria 2010, più volte citato; la riflessione sull'orientamento giurisprudenziale (ad esempio, in materia di mandato a vendere un immobile da eseguirsi in caso di mancato adempimento dell'obbligazione e di patto marciano) e sulle previsioni normative (si pensi alla fattispecie del pegno irregolare a garanzia di un'anticipazione bancaria ex art. 1851 cod. civ. o alla c. d. autotutela esecutiva ex artt. 2803 e 2804 cod. civ.(22)) che hanno considerato ammissibili talune ipotesi di vendita a scopo di garanzia perché la strutturazione dell'atto demanda ad un terzo la determinazione del valore effettivo della garanzia o prevede espressamente la restituzione dell'eccedenza al debitore, evitando così il pericolo di sproporzione, a svantaggio del debitore, tra le prestazioni.

I citati spunti ci suggeriscono la necessità che un atto istitutivo di trust di garanzia debba contemplare i seguenti riferimenti:

a) All'importo massimo garantito.

Nei trust l'esigenza di circoscrivere l'entità della garanzia potrebbe essere soddisfatta dalla individuazione dei beni confluiti nel fondo in trust e, in vista dei successivi incrementi, dalla previsione di un tetto massimo di concessione della garanzia.

Quanto al meccanismo di raccordo tra trust di garanzia e operazione di finanziamento, soccorrerà un'apposita, precisa formulazione dell'atto istitutivo, che dovrà chiaramente specificare lo scopo della garanzia e prevedere, ad esempio, l'attribuzione al trustee dell'incarico di stipulare una convenzione con un intermediario finanziario, precisando i presupposti e le modalità della concessione del credito ed esplicitando così il collegamento negoziale tra quest'ultima operazione e istituzione del trust.

b) All'obbligo del fiduciario di corrispondere al beneficiario o al fiduciante il saldo netto risultante

dalla differenza tra il valore dei beni costituenti la garanzia e l'ammontare del debito garantito.

c) Alla previsione che “il valore dei beni sostituiti – in caso di alienazione e surrogazione – non sia superiore a quello dei beni sostituiti e, qualora lo sia, la garanzia non si estenda oltre il valore del bene originario” (cfr. disegno di legge comunitaria 2010).

La restituzione del saldo netto ai beneficiari sarà assicurata dall'amministrazione “terza” del trustee e dal controllo del guardiano. L'atto istitutivo potrebbe, inoltre, prevedere la redazione di una perizia giurata, dalla quale risulti il valore attuale del bene vincolato, e il conferimento dell'incarico ai trustee di vendere il bene ad un prezzo non inferiore a quello indicato nella suddetta perizia.

Proprio queste previsioni permetterebbero di preservare il trust anche da quelle obiezioni relative alla compatibilità con il citato divieto di patto commissorio e con il principio della *par condicio creditorum*, aprendo la strada ad una tecnica più agile di tutela dei finanziamenti, che potrebbe conciliare – per i caratteri che si è tentato di evidenziare – le due esigenze apparentemente opposte del potenziamento della tutela del credito e dell'interesse alla circolazione della ricchezza.

### Note:

(21) G. Baralis, Vendita per ragioni di garanzia e vendita per ragioni di bisogno [*supra*, nota 20].

(22) Nel pegno irregolare a garanzia di un'anticipazione bancaria (cfr. art. 1851 cod. civ.) la banca – che riceve depositi vincolati di denaro, merci o titoli non individuati, per i quali può esserle attribuita la facoltà di disporre – deve restituire al debitore solo la somma, o quella parte di merci o titoli, che eccedono l'ammontare dei crediti garantiti; con la c. d. autotutela esecutiva (artt. 2803 e 2804 cod. civ.), in materia di pegno dei crediti, a credito scaduto “il creditore può ritenere del denaro ricevuto quanto basta per il soddisfacimento delle sue ragioni e restituire il residuo al costituente” e “in ogni caso chiedere che gli sia assegnato in pagamento il credito ricevuto in pegno, fino a concorrenza del suo credito”. Con riferimento al primo istituto, cfr. da ultimo Cass., 11 settembre 2009, n. 19701; Cass., 3 febbraio 2010, n. 2506, inedite.

# Trust di scopo a vantaggio di una procedura concorsuale

di Maurizio Casalini

La natura poliforme dell'istituto del trust ne consente innumerevoli applicazioni tra le quali, negli ultimi tempi, frequente è stato l'uso dell'istituto a latere o nell'ambito di procedure concorsuali. L'utilizzo del trust di scopo in funzione di garanzia in simili situazioni, oltre a consentire una tutela, non solo teorica ma anche pratica e di facile concretizzazione, delle posizioni creditorie, permette infatti uno snellimento di procedure ed adempimenti altrimenti macchinosi.

Degno di nota appare il decreto del 2 marzo 2010 con il quale il Tribunale di Bologna, su istanza del curatore, ha concesso l'autorizzazione all'istituzione di un trust auto-dichiarato avente come oggetto la vendita di un bene immobile a garanzia del fallimento(1). In sostanza il bene immobile costituirà il *trust fund* finalizzato alla soddisfazione del credito vantato dal fallimento, assicurando così che il corrispettivo dell'alienazione vada a beneficio della procedura o non diversamente distratto. Rilevanti, come di seguito sottolineato, sono i vantaggi in termini di semplificazione della procedura.

## ■ Il caso

Il curatore di un fallimento riscontra che il fallito, alcuni mesi prima della dichiarazione di fallimento, ha ceduto al fratello la propria quota pari ad un mezzo di proprietà indivisa di un fabbricato loro pervenuto per successione, ad un prezzo di euro 100.000,00, senza aver incassato il corrispettivo.

Il curatore quindi provvede a diffidare il fratello debitore dal versare tale importo al fallito, chiedendo altresì di provvedere al versamento del corrispettivo, alla scadenza stabilita contrattualmente, direttamente nelle mani dello stesso curatore.

Nell'impossibilità di onorare il debito, il fratello debitore rende noto al curatore la sua intenzione di procedere alla vendita dell'intero bene immobile in

modo da poter incassare i fondi necessari per adempiere all'obbligazione nei confronti del fallimento.

Il curatore si trova quindi a dover prendere una decisione su come assicurare il corretto adempimento da parte del debitore ed evitare che invece il corrispettivo della vendita dell'immobile venga distratto a danno della procedura. Le possibilità tipicamente a disposizione del curatore erano, in sintesi, le seguenti:

1. procedere con un'azione di recupero del credito coattivo, ponendo in essere le azioni cautelari necessarie alla tutela anticipata dell'esito dell'azione recuperatoria (tipicamente sequestro conservativo);

2. esercizio dell'azione revocatoria, per apprendere il bene (cinquanta per cento del fabbricato) nell'attivo fallimentare.

La prima strada, sicuramente praticabile, presuppone l'accoglimento della istanza di sequestro, accoglimento condizionato, com'è noto, alla sussistenza del *periculum in mora*, requisito questo non sempre di facile prova; ma anche con il positivo esperimento dell'azione cautelare, l'azione recuperatoria comporta lunghi tempi di giustizia, con aggravio dei costi per la procedura, e tempi di incasso significativi, per tacere del fatto che, come è noto, i prezzi ottenuti in sede di vendita forzata sono sensibilmente inferiori a quelli ottenibili sul mercato.

Analoghe e persino peggiori conseguenze si sarebbero ottenute con l'esperimento dell'azione revocatoria poiché il bene rientrato nella disponibilità della procedura (ricordiamolo, trattasi di una metà indivisa) sarebbe stato di difficile commerciabilità, effetto questo che la procedura aveva interesse a scongiurare.

Nell'espletamento di tali procedure, inoltre, il curatore avrebbe dovuto richiedere una serie di autoriz-

Maurizio Casalini – Dottore commercialista in Vicenza.

Nota:

(1) In questa Rivista, 2010, 267.

zazioni al Comitato dei Creditori di cui all'art. 40 e ss. del R.D. 16 marzo 1942, n. 267, come modificato ed integrato dal D. L. 14 marzo 2005, n. 35, convertito in L. 14 maggio 2005, n. 80 e del D. Lgs. 12 settembre 2007, n. 169. Va ricordato che le funzioni attribuite a detto organo, nella recente riforma, hanno subito importanti modifiche: dove nella previgente disciplina aveva solo alcune funzioni di carattere consultivo, dalla disciplina(2) oggi vigente il comitato dei creditori deriva poteri più invasivi di vigilanza e controllo che possono arrivare anche ad attribuzioni di carattere direttivo della procedura, dovendo autorizzare, vigilare sull'operato del curatore fallimentare e autorizzarne alcuni atti, nonché esprimere il proprio parere, talvolta vincolante quando sia richiesto dalla legge, dal tribunale fallimentare o dal giudice delegato.

Ciò comporta che nella pratica, il rapporto tra curatore e comitato dei creditori risulta essere non sempre agevole, poiché l'interpretazione del perseguimento dell'interesse della massa creditoria è inevitabilmente condizionato dalla composizione dell'organo stesso, in funzione del fatto che sia principalmente formato da creditori privilegiati piuttosto che da creditori chirografari(3).

Da un lato, quindi, il mantenimento della disponibilità del bene nelle mani del debitore rappresentava la principale garanzia della efficace commerciabilità del bene e, quindi, del mantenimento del suo valore di mercato, nell'interesse del fallimento, oltre al fatto che il debitore si sarebbe fatto carico dei compiti relativi alla ricerca di un potenziale acquirente dell'immobile, alla determinazione di un prezzo di vendita in grado di soddisfare quanto più possibile il ceto creditorio, dell'espletamento di tutti gli adempimenti amministrativi relativi alla vendita del bene ed delle dichiarazioni da rendere e delle certificazioni sulla conformità da produrre in sede di rogito(4).

Dall'altra parte, di tutta evidenza, il mantenimento della disponibilità del bene, privo di vincoli tali da scoraggiare i possibili acquirenti, però, comportava il rischio concreto della distrazione del corrispettivo da parte del debitore.

## ■ La soluzione adottata

Per ovviare alle problematiche sopra esposte il curatore ha richiesto autorizzazione al giudice delegato ad imprimere un vincolo di destinazione sul-

### Note:

(2) Art. 41 R.D. 16 marzo 1942, n. 267 ("L.F.") - (Funzioni del comitato) Il comitato dei creditori vigila sull'operato del curatore, ne autorizza gli atti ed esprime pareri nei casi previsti dalla legge, ovvero su richiesta del tribunale o del giudice delegato, succintamente motivando le proprie deliberazioni.

Il presidente convoca il comitato per le deliberazioni di competenza o quando sia richiesto da un terzo dei suoi componenti.

Le deliberazioni del comitato sono prese a maggioranza dei votanti, nel termine massimo di quindici giorni successivi a quello in cui la richiesta è pervenuta al presidente. Il voto può essere espresso in riunioni collegiali ovvero per mezzo telefax o con altro mezzo elettronico o telematico, purché sia possibile conservare la prova della manifestazione di voto.

In caso di inerzia, di impossibilità di costituzione per insufficienza di numero o indisponibilità dei creditori, o di funzionamento del comitato o di urgenza, provvede il giudice delegato.

Il comitato ed ogni componente possono ispezionare in qualunque tempo le scritture contabili e i documenti della procedura ed hanno diritto di chiedere notizie e chiarimenti al curatore e al fallito.

I componenti del comitato hanno diritto al rimborso delle spese, oltre all'eventuale compenso riconosciuto ai sensi e nelle forme di cui all'articolo 37-bis, terzo comma.

Ai componenti del comitato dei creditori si applica, in quanto compatibile, l'articolo 2407, primo e terzo comma, del codice civile.

L'azione di responsabilità può essere proposta dal curatore durante lo svolgimento della procedura. Con il decreto di autorizzazione il giudice delegato sostituisce i componenti del comitato dei creditori nei confronti dei quali ha autorizzato l'azione.

(3) In tal senso significativo è il commento di M. Gaballo (G.D. presso la Sez. Fallimentare del Tribunale di Bergamo) nella relazione svolta nell'incontro di studio organizzato a Milano il 31 marzo 2008 dall'ufficio dei referenti per la Formazione Decentrata dei Distretti della Corte di Appello di Brescia, Genova, Milano, Torino, Venezia, il quale osserva "preme soprattutto sottolineare che il comitato dei creditori, in quanto organo della procedura, esercita la sua funzione di controllo nell'interesse della massa di tutti i creditori globalmente considerata, perseguendo interessi pubblicistici che non devono essere inquinati dagli interessi particolari dei singoli componenti. Infatti l'art. 40 comma 5 L.F. fa obbligo al componente del comitato che si trova in conflitto di interessi di astenersi dalla votazione (*omissis*). Di fatto la violazione di legge nella quale possono incorrere i componenti del comitato dei creditori consiste nel sindacare il merito delle scelte gestorie del curatore, concedendo o meno le autorizzazioni previste dalla legge, perseguendo interessi propri dei singoli componenti contrastanti con quelli della massa dei creditori globalmente considerata. Peraltro non è semplice individuare ipotesi concrete di conflitto di interessi perché la collettività dei creditori non è assimilabile a un soggetto, anche collettivo come può essere una società di capitali, essendo composta di soggetti ognuno dei quali è in posizione antitetica a tutti gli altri (*omissis*). In questi termini, il conflitto di interessi si sostanzia nella violazione di un obbligo di imparzialità e correttezza, obbligo desumibile anche dalla succinta motivazione che deve accompagnare le delibere del comitato dei creditori (art. 41, I comma).

A parte il predetto controllo di legittimità, può anche verificarsi uno stallo della procedura nel caso di contrasto nel merito tra curatore e comitato dei creditori che neghi la sua approvazione del programma di liquidazione, senza che siano configurabili profili di illegittimità (altrimenti denunciabili anche dal curatore ai sensi dell'art. 36 L.F.). In tale ipotesi il Giudice delegato, previo esercizio del potere di convocazione degli organi in conflitto ai sensi dell'art. 25 n. 3, dovrà in qualche modo scegliere motivatamente la posizione ritenuta più funzionale agli interessi della massa dei creditori, e provvedere di conseguenza alla modificazione della composizione del comitato per giustificato motivo (art. 40, I comma, secondo periodo) ovvero chiedere al tribunale la sostituzione del curatore."

(4) Ci si riferisce all'Attestato di Certificazione Energetica che deve essere messo a disposizione in fase di costruzione, compravendita o locazione di un edificio ex D. Lgs. 19 agosto 2005, n. 192, come modificato dal D. Lgs. 29 dicembre 2006, n. 311, ex D.P.R. 2 aprile 2009, n. 59 e D.M. 26 giugno 2009 (linee guida nazionali), alla garanzia di conformità degli impianti ex D.M. 22 gennaio 2008, n. 37, ed alle dichiarazioni in relazione alla conformità immobili alle norme urbanistiche, ecc.

l'immobile ai sensi dell'art. 2645-ter cod. civ.(5) mediante la costituzione di un trust auto-dichiarato(6) di scopo(7) con funzioni di garanzia a tutela del fallimento.

In sostanza, al fine di evitare il rischio che il corrispettivo della vendita non venga rimesso nelle mani della curatela, viene proposto, ottenuta la collaborazione dell'interessato, che il debitore proprietario dell'immobile istituisca un trust auto-dichiarato con vincolo di destinazione sul bene stesso in favore della procedura fallimentare.

Così procedendo si ottengono i seguenti vantaggi:

1. Il fabbricato può essere messo sul mercato nella sua interezza e non solo, come nel caso di azione revocatoria, per la quota parte in comproprietà indivisa originariamente appartenuta al fallito;

2. La proprietà della porzione dell'immobile resta, senza vincoli sul bene, in capo al debitore, soggetto che meglio di tutti avrebbe avuto la possibilità di porlo in modo efficace sul mercato, avendo così la possibilità di spuntare un prezzo evidentemente più elevato, nell'interesse proprio e della procedura;

3. La procedura di vendita risulta libera da vincoli procedurali e quindi più snella ed efficace;

4. La procedura fallimentare risulta così tutelata dalla trascrizione del vincolo di destinazione nei Registri Immobiliari;

5. La garanzia del fallimento viene estesa ad eventuali redditi prodotti dal bene e che conseguentemente entreranno a far parte del fondo in trust.

Il Giudice delegato ha accolto quanto proposto, autorizzando l'istituzione del trust quale vincolo di destinazione e la nomina di un consulente legale che avrebbe provveduto alla redazione dell'atto istitutivo.

Ormai consolidata è la giurisprudenza(8) che ammette la validità del trust interno, per perseguire scopi che non sarebbero altrimenti realizzabili, o comunque lo sarebbero in modo meno efficiente, ricorrendo agli ordinari strumenti civilistici.

Resta comunque necessario sempre verificare caso per caso la meritevolezza degli scopi che il trust intende perseguire, come anche richiesto dall'art. 2645-ter cod. civ.(9).

In realtà per gli operatori resta sempre forte la tentazione di ricorrere ad un trust per sottrarre beni alle possibili azioni revocatorie poste in essere dai creditori. A tal fine la giurisprudenza ha più volte ribadito che tale finalità non sia meritevole di tutela(10), anzi, in simili ipotesi la validità degli atti di

conferimento dei beni resta subordinata alle tutele riconosciute dalla legge italiana ai creditori, con la conseguenza che qualora ricorrano i presupposti per l'esperibilità dell'azione revocatoria (fallimentare od ordinaria) tali atti possono esservi soggetti(11).

Ciò significa che il vincolo dei beni in trust non offre una resistenza maggiore alle pretese dei creditori di quanto non offrano le altre forme negoziali previste dal nostro ordinamento.

Nel caso preso in considerazione, invece, lo scopo del trust è stato considerato perfettamente lecito e meritevole di tutela nel nostro ordinamento giuridico.

#### Note:

(5) Art. 2645 - ter cod. civ.: "Trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche.

Gli atti in forma pubblica con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'articolo 1322, secondo comma, possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione; per la realizzazione di tali interessi può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso. 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'articolo 2915, primo comma, solo per debiti contratti per tale scopo.

(6) Il trust auto-dichiarato si istituisce quando il proprietario di un bene si dichiara trustee nell'interesse dei beneficiari o al fine del perseguimento di un determinato scopo. In una simile ipotesi, quindi, l'identità del disponente e quella del trustee coincidono. Per approfondimenti v. M. Lupoi, Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari, Padova, 2008, 29.

(7) La figura del trust di scopo è caratterizzata dalla centralità di uno scopo definito e lecito da perseguire e dall'assenza di beneficiari. Il trust di scopo *non-charitable* è nullo per la legge inglese, ma ammesso dalla legge di Jersey, da quella di Malta e da quella di Cayman. M. Lupoi, Istituzioni del diritto dei trust [*supra*, nota 6].

(8) Tra tutte ricordiamo Tribunale di Trieste, 23 settembre 2005, in questa Rivista, 2006, 83; Tribunale di Bologna, 1° ottobre 2003, *ivi*, 2004, 67.

(9) A tal proposito il Tribunale di Trieste, 23 settembre 2005 [*supra*, nota 8], precisa che nell'analisi della meritevolezza dei fini "l'interprete dovrebbe dunque limitarsi all'analisi della non contrarietà del negozio alle norme imperative, all'ordine pubblico ed al buon costume." In tal senso cfr. la relazione dell'Onorevole Pecorella nel corso dei lavori preparatori, il quale sosteneva "che secondo la dottrina e la giurisprudenza dominanti, il giudizio di meritevolezza di cui al citato art. 1322 coincide sostanzialmente con l'accertamento di non contrarietà del negozio realizzato alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume e non implica, di conseguenza, alcuna valutazione circa l'utilità sociale dell'atto [...]"; in Sommario dei lavori della Commissione Giustizia della Camera dei Deputati, seduta del 28 giugno 2005, 21.

(10) Tribunale di Cassino, 8 gennaio 2009, in questa Rivista, 2009, 419; Tribunale di Firenze, 5 giugno 2002, *ivi*, 2004, 256; M. Lupoi, La reazione dell'ordinamento di fronte a trust elusivi, *ivi*, 2005, 333; Id., Azione revocatoria e trust familiare, *ivi*, 2009, 446.

(11) Tribunale di Firenze, 5 giugno 2002 [*supra*, nota 10].

## ■ L'atto istitutivo del trust

Per meglio comprendere l'efficacia in termini di garanzia e di semplificazione della struttura giuridica realizzata è opportuno sottolineare alcuni aspetti peculiari contenuti nell'atto istitutivo(12).

### Lo scopo

Il trust, come riportato all'art. 4 dell'atto istitutivo, si configura come trust di garanzia finalizzato ad assicurare al fallimento l'incasso del credito vantato. A tal fine viene costituito un vincolo di destinazione in modo tale che il bene immobile:

1) non possa essere oggetto di alcun negozio giuridico a titolo di godimento

2) possa essere trasferito a terzi, con effetti reali, a qualsiasi titolo a condizione che "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."

Per quanto attiene il primo limite, l'intento è quello di mantenere la destinazione del bene a solo vantaggio della procedura, evitando altresì che il godimento da parte di terzi possa costituire una riduzione della commerciabilità del bene stesso.

La finalità della seconda limitazione invece è quella di assicurare dalla eventuale vendita del bene un introito minimo pari al credito vantato dal fallimento, scongiurando altresì la possibilità di una eventuale permuta, e facendo sì che ogni pagamento da parte dell'eventuale acquirente fosse compiuto direttamente ed esclusivamente nelle mani del curatore. Viene inoltre garantito che il trustee non possa procedere alla vendita senza che anche il curatore del fallimento compaia avanti al notaio.

### Il trustee

Per ottenere i vantaggi sopra esposti, è stato istituito un trust auto-dichiarato(13). Il trustee, quindi, benché sia dotato di tutti i poteri tipici del pieno proprietario, non potrà tuttavia concedere l'immobile a titolo di godimento ad alcuno, salvo le persone che lo abitano sin da prima l'istituzione del trust. Altri oneri posti a carico del trustee, oltre a quelli tipici del suo ruolo, sono:

1) la regolare manutenzione dell'immobile a proprie spese, che non sono mai, a nessun titolo, imputabili al fondo in trust o alla procedura fallimentare;

2) il tempestivo collocamento sul mercato dell'immobile, relazionando il guardiano ogni volta gliene facesse richiesta;

3) l'adeguarsi ad ogni veto o direttiva del guardiano.

Ove l'attuale proprietario venga revocato dal ruolo di trustee, il nuovo trustee dovrà:

1) chiedere il suo consenso prima di accettare il prezzo che ha negoziato per il trasferimento dell'immobile;

2) in caso di consenso negato, porlo in vendita al prezzo richiesto dal medesimo per un tempo non superiore ad ulteriori sei mesi, al termine dei quali, in caso non si sia riuscito a venderlo a tali condizioni, dovrà rimettere la determinazione del prezzo minimo di vendita ad un perito e conseguentemente, mettere in vendita l'immobile a tale prezzo minimo.

È evidente che tali previsioni, fermo restando l'interesse del fallimento, siano inserite a tutela degli interessi dell'attuale proprietario.

### Il guardiano

Peculiare risulta la funzione del guardiano, ruolo che viene assegnato al curatore *pro tempore*, il quale può essere revocato dal giudice delegato della procedura. Tra i poteri assegnatigli egli ha facoltà di esprimere la propria opinione su qualsiasi attività del trustee, ed ha diritto di veto in merito a qualsiasi operazione o azione del trustee.

### La legge applicabile

L'art. 7 individua nella legge di Jersey la legge ap-

#### Note:

(12) L'atto istitutivo in commento è pubblicato su in questa Rivista, 2010, 340.

(13) Sull'ammissibilità del trust autodichiarato si veda Tribunale di Pisa, 22 dicembre 2001, in questa Rivista, 2002, 241, Tribunale di Milano, 29 ottobre 2002, *ivi*, 2003, 270; Tribunale di Verona, 8 gennaio 2003, *ivi*, 2003, 409; Tribunale di Parma, 21 ottobre 2003, *ivi*, 2004, 73. *Contra cfr.* Tribunale di Napoli, 1° ottobre 2003, *ivi*, 2004, 74, Corte d'Appello di Napoli, 27 maggio 2004, *ivi*, 2004, 570. In dottrina sostengono l'ammissibilità del trust auto-dichiarato M. Lupoi, I trust nel diritto civile, in Trattato di Diritto Civile diretto da R. Sacco, I diritti reali, vol. 2, Torino, 2004, e Istituzioni del diritto dei trust [*supra*, nota 6], p. 29, S. Bartoli, Il trust autodichiarato nella Convenzione de L'Aja, in questa Rivista, 2005, 355, A. De Donato - V. De Donato - M. D'Errico, Trust convenzionale. Lineamenti di teoria e pratica, Roma, 1999, 191.

plicabile. Lo stesso articolo prevede che le obbligazioni e la responsabilità del trustee sono cumulativamente regolate sia dalla legge italiana che da quella di Jersey.

Come noto Jersey è una delle giurisdizioni la cui legge consente, al contrario, ad esempio, di quella inglese che ne sancisce la nullità<sup>(14)</sup>, l'istituzione di trust di scopo *non charitable*, purché sia prevista la nomina di un *enforcer*<sup>(15)</sup>. Quest'ultimo sarà legittimato ad agire in giudizio contro il trustee per il corretto adempimento del trust. Nei trust di scopo, quindi, le azioni che spettano ai beneficiari sono demandate al guardiano.

La mancanza di guardiano rende il trust di scopo, anche in gran parte delle leggi del modello internazionale, e in quella di Jersey, nullo.

Nel caso in esame quindi al curatore *pro tempore* viene affidato il ruolo di guardiano attribuendogli quindi, oltre a funzioni di controllo o di veto, anche la legittimazione attiva nei confronti del trustee.

Anche la legge di Jersey contiene, all'art. 47, il principio del *cy-près*, che consente al giudice, ove lo scopo per il quale il trust è stato istituito presenti difficoltà oggettive o sia diventato impossibile, di dichiarare che i beni che residuano in trust debbano essere destinati per un altro scopo, non necessariamente caritatevole, che ritenga possa essere conforme all'intento originario del disponente.

## La durata del trust

La cessazione del trust è determinata dal guardiano, il quale a tal fine dovrà rilasciare una dichiarazione dalla quale risulti il termine del trust per incasso del credito o per perdita dell'interesse della procedura fallimentare al trust. In ogni caso il trust cesserà il giorno della chiusura della procedura fallimentare.

## L'attuazione dello scopo del trust

Gli articoli da 13 a 17 dell'atto istitutivo sono quelli che disciplinano le modalità con cui verrà attuata la finalità del trust e che rappresentano il vero valore aggiunto dell'istituto in termini sia di garanzia che di semplificazione. In particolare viene previsto:

1) L'obbligo a far presenziare il curatore alla sottoscrizione di qualsiasi contratto avente ad oggetto l'immobile e a far sì che qualsiasi somma venga versata a qualsiasi titolo dall'avente causa, fino all'importo di euro 100.000, direttamente nelle mani del curatore;

2) Che la presenza del curatore alla stipula è finalizzata solo all'incasso e a dare idonea quietanza, senza che egli possa essere considerato sia parte attiva nelle trattative sia parte firmataria del contratto; ciò in quanto, viene precisato all'articolo 14, la definizione del contenuto e delle condizioni contrattuali competono, nei limiti previsti dall'atto, al trustee.

3) Il trustee tuttavia dovrà richiedere il consenso del guardiano in caso vengano proposti termini di pagamento che superano il termine in cui l'attuale proprietario del bene avrebbe dovuto pagare il corrispettivo per l'acquisto, o le modalità di pagamento non siano adeguatamente supportate da garanzie reali o personali. Nel caso in cui il guardiano neghi il suo consenso, il trustee dovrà rinegoziare l'accordo o individuare un altro interessato acquirente.

Viene inoltre prevista dall'art. 15 la responsabilità personale nei confronti della procedura fallimentare dell'avente causa che consegni somme di danaro al trustee in difformità alle condizioni e termini previsti dal trust, comportamento a fronte del quale sorgerà l'obbligo di indennizzo per equivalente della somma pagata per il trasferimento e non versata al curatore. Il fondamento giuridico di una simile responsabilità appare discutibile, ma, in considerazione del fatto che tale obbligo risulta trascritto nei Registri Immobiliari, quanto meno l'avente causa non potrà eccepire, in caso di mancata osservanza, la buona fede.

L'art. 16 prevede, tra gli altri, un ampio esonero di responsabilità a favore del curatore in relazione alle condizioni ed alle caratteristiche dell'immobile.

L'art. 17 prevede il diritto dell'attuale proprietario a percepire l'eventuale importo incassato dalla vendita dell'immobile che ecceda il credito vantato dal fallimento.

### Note:

(14) Nel modello anglosassone i trust di scopo possono perseguire solo fini caritatevoli (a vantaggio della collettività o di determinate categorie di persone: una pinacoteca, una collezione pubblica, un'associazione di non vedenti etc.) Un trust di scopo per fini non caritatevoli retto dalla legge inglese è quindi nullo *ex tunc*. Ciò in quanto, in assenza di beneficiari, verrebbe a mancare qualsiasi soggetto legittimato ad agire contro il trustee per l'adempimento del trust. M. Lupoi, Istituzioni del diritto dei trust [*supra*, nota 6], p. 135. A. Tonelli, Riflessioni ed esempi concreti sulla tutela processuale dei contrapposti interessi nei trusts, relazione al corso Prassi applicative dei trusts interni, tenuto presso il Consiglio Superiore Della Magistratura Formazione decentrata di Trieste Ordine Degli Avvocati Di Trieste, Fondazione CRTrieste il 17 giugno 2005.

(15) Vedasi art. 12 Trust (Jersey) Law 1984, come modificata dalla Trust (Jersey) Law 2006.

## ■ La trascrizione ed i suoi effetti

Come anticipato, il giudice delegato ha autorizzato la costituzione di un vincolo di destinazione sull'immobile ai sensi dell'art. 2645-ter cod. civ. mediante l'istituzione di un trust auto-dichiarato con funzioni di garanzia a tutela del fallimento. Risultano pertanto cruciali per l'efficacia della soluzione adottata i profili relativi alla pubblicità del vincolo di destinazione nei registri immobiliari ai fini della sua opponibilità ai terzi.

In proposito vanno effettuate alcune considerazioni.

Come noto non tutti i trust possono rientrare nel novero dei vincoli di destinazione ai sensi dell'art. 2645-ter cod. civ. Potrebbe sembrare ad una prima analisi che il trust di scopo, in quanto privo di beneficiari, non possa essere considerato un atto di destinazione ai sensi dell'art. 2645-ter, che invece fa riferimento alla durata della vita della persona beneficiaria; allo stesso modo dubbi potrebbero sorgere nei confronti dei trust auto-dichiarati, in quanto la norma riferisce ad un conferimento di beni e quindi ad un atto ad effetto traslativo, dove invece nel trust auto-dichiarato non si esegue alcun trasferimento.

Tuttavia va ricordato che l'Agenzia del Territorio, nella circolare 7 agosto 2006, n. 5(16) ha ricompreso tra i vincoli soggetti a trascrizione anche quelli autoimposti dallo stesso conferente e che ormai la giurisprudenza è consolidata nel ritenere ammissibile tanto il trust di scopo quanto quello auto-dichiarato(17) e nel consentirne la relativa trascrizione ai sensi dell'art. 2645-ter o, in alternativa, dell'art. 12 della Convenzione de L'Aja(18). Va invece considerato che il regime di pubblicità previsto dall'art. 2645-ter deve essere esteso a tutto ciò che limita o comprime strutturalmente il diritto reale deve estende(19).

Autorevole dottrina(20) ritiene che la trascrizione del vincolo di destinazione debba essere eseguita a carico del conferente o, ove esistente, dall'attuatore.

Ulteriori dettagli sulle modalità relative alle trascrizioni sono contenute nella su citata circolare dell'Agenzia del Territorio 7 agosto 2006, n. 5.

Da più parti, inoltre, la dottrina osserva che l'art. 2645-ter non disciplina un nuovo istituto, ma si limita a delineare i presupposti di base che un atto di destinazione deve presentare al fine della trascrizione e della sua opponibilità ai terzi(21). L'art. 2645-ter, come lucidamente sottolineato dal Tribunale di Trieste(22), non introduce quindi nell'ordinamento un

nuovo tipo di atto ad effetti reali, bensì solo un particolare, il vincolo di destinazione appunto, accessorio rispetto agli effetti di un negozio tipico od atipico a cui deve accompagnarsi. Ancora di più deve essere considerata norma riguardante gli effetti, in aggiunta a quelli traslativi e/o obbligatori, delle diverse figure negoziali da cui si produce il vincolo di destinazione, effetti che si configurano nella trascrizione o intavolazione(23).

Un altro aspetto che va tenuto in considerazione è che l'art. 2645-ter contiene un divieto di distogliere i beni vincolati per fini diversi dallo scopo, che forma oggetto di trascrizione, al quale sono destinati, legittimando qualunque soggetto interessato ad agire per la realizzazione dello stesso. La norma consente di superare le difficoltà che possono essere incontrate in sede di azione di *tracing*, azione reale che gli ordinamenti di *common law* garantiscono a tutela dei bene-

### Note:

(16) In questa Rivista, 2007, 131.

(17) Cfr. nota n. 13, *supra*.

(18) In tal senso Tribunale di Chieti, 10 marzo 2000, in questa Rivista, 2000, 372, Tribunale di Bologna, 28 aprile 2000, *ivi*, 2000, 372, il quale ha ritenuto che al di là del contenuto dell'art. 12 della Convenzione de L'Aja, dal riconoscimento del trust *ex lege* non può che discendere anche l'obbligo di trascrizione dell'acquisto a favore del trustee, altrimenti l'effetto segregativo risulterebbe inopponibile ai terzi; Tribunale di Pisa, 22 dicembre 2001 [*supra*, nota 13], Tribunale di Milano, 29 ottobre 2002 [*supra*, nota 13]; Tribunale di Verona, 8 gennaio 2003 [*supra*, nota 13]; Tribunale di Parma, 21 ottobre 2003 [*supra*, nota 13], Tribunale di Napoli, 16 giugno 2005 [*supra*, nota 13]. Nel regime di pubblicità tavolare si ricordano Tribunale di Trento, sezione distaccata di Cavalese, 20 luglio 2004, in questa Rivista, 2004, 574; Tribunale di Trento, sezione distaccata di Cles, 7 aprile 2005, *ivi*, 2005, 406; Tribunale di Trieste, 23 settembre 2005 [*supra*, nota 8]; Tribunale di Rovereto, 28 ottobre 2005, in questa Rivista, 2006, 419; Tribunale di Trento, sezione distaccata di Cles, 25 gennaio 2006, *ivi*, 2006, 419; Tribunale di Bolzano, sezione distaccata di Bressanone, 16 agosto 2006, *ivi*, 2007, 60. Contra Tribunale di Cortina d'Ampezzo, 22 marzo 2006, in Professione & Trusts. Rivista on-line sul diritto dei trust, 2005, 5; Tribunale di Belluno, 25 settembre 2002, in questa Rivista, 2003, 255.

(19) Tribunale di Trieste, 23 settembre 2005 [*supra*, nota 8]. In dottrina cfr. G. Fanticini, "L'articolo 2645-ter del codice civile", in M. Montefameglio (cur.), La protezione dei patrimoni, Rimini, 2009, 420.

(20) M. Bianca - M. D'Errico - A. De Donato - C. Priore, "L'atto notarile di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile", Milano, 2006, 11.

(21) In tal senso M. Lupoi, Gli atti di destinazione nel nuovo art. 2645-ter c.c. quale frammento in trust, in questa Rivista, 2006, 172, G. Fanticini, "L'articolo 2645-ter del codice civile" [*supra*, nota 19], p. 420.

(22) Tribunale di Trieste, 7 aprile 2006, in questa Rivista, 2006, 417.

(23) In tal senso G. Fanticini, "L'articolo 2645-ter del codice civile" [*supra*, nota 19], p. 442, A. Tonelli, Nota a Tribunale di Trieste - Ufficio del Giudice Tavolate, Decreto 7 aprile 2006, disponibile su <http://www.filodiritto.com/index.php?azione=visualizza&idoc=229>.

ficiari, che ha effetti recuperatori del bene presso terzi, in caso di infedeltà del trustee. In una simile ipotesi, come opportunamente evidenziato da autorevole dottrina(24), nonostante l'annotazione della natura di trustee in capo al titolare del diritto reale nel quadro D della nota di trascrizione, nessuna responsabilità ricade sul conservatore dei Registri Immobiliari per aver trascritto atti traslativi compiuti dal trustee in violazione degli obblighi che derivano dal trust, in quanto il controllo del conservatore è puramente formale e non si estende alla verifica della legittimazione a disporre del dante causa(25). La responsabilità, solo risarcitoria, del notaio rogante può eventualmente discendere dal combinato disposto degli artt. 28 della legge Notarile e 54 del Regolamento Notarile, in quanto il notaio può essere ritenuto responsabile per aver rogato atti annullabili, conformemente a quanto stabilito dalla Cassazione nelle sentenze 10 novembre 1992, n. 12081, 22 ottobre 1990, n. 10256 e 19 novembre 1993, n. 11404(26). La stessa dottrina ritiene, invece, che il divieto di distrazione contenuto nell'art. 2645-ter "non abbia introdotto una semplice norma sulla trascrizione (accompagnata dalla normale sanzione di inefficacia [omissis]) ma abbia coniato una disposizione di diritto sostanziale (applicabile a tutti i negozi destinatori che sono annoverabili nella prima parte e resi conoscibili mediante la trascrizione) e - più precisamente - una norma imperativa alla cui violazione consegue la più pregnante sanzione di nullità ex art. 1418 c.c."(27). "Alla luce di quanto sopra esposto, le conseguenze che deriverebbero da una comminatoria di nullità (anziché di inefficacia(28)), degli atti compiuti in violazione del vincolo di destinazione sarebbero molto più favorevoli al beneficiario, consentendo al conferente (o disponente o fiduciario), al beneficiario stesso o al guardiano del trust e, più in generale a chiunque abbia interesse alla salvaguardia del vincolo di destinazione impresso sui beni, di porre nel nulla tutti i negozi che distolgano le *res* ed i loro frutti dallo scopo prestabilito, mediante l'esercizio di un'azione imprescrittibile (art. 1422 c.c.) tesa ad ottenere una pronuncia avente effetti *erga omnes*."

In realtà le previsioni contenute nell'art. 2645-ter cod. civ. nulla aggiungono a quanto la giurisprudenza aveva ravvisato in numerose pronunce a favore della trascrizione di trust, anche di scopo e/o auto-dichiarati(29). Come evidenziato da autorevole dottrina, "l'art. 2645-ter ha, quindi, scarsi effetti sulla ope-

rattività del trust interni. Tanto l'effetto segregativo quanto la pubblicità, immobiliare e societaria, sono da considerarsi alla stregua di dati acquisiti e l'innovazione legislativa può solo rafforzare la prassi dominante(30)".

In relazione al caso in esame, l'art. 12 specifica la natura pubblica delle informazioni contenute nei Pubblici Registri Immobiliari o nel fascicolo della Procedura Fallimentare.

Di estremo interesse è il contenuto della nota di trascrizione, che oltre a riportare sinteticamente tutte le vicende che hanno interessato l'immobile prima e durante la procedura fallimentare, l'autorizzazione del giudice delegato alla istituzione di un trust auto-dichiarato e le relative motivazioni, riporta integralmente il contenuto in forma schematica, dell'atto istitutivo, dando ampia pubblicità ai vincoli imposti non solo sul bene, ma anche sull'operato del trustee e delle obbligazioni eventualmente a carico dell'avente causa(31).

## Profili tributari

Nell'atto istitutivo del trust è presente una c.d.

### Note:

(24) G. Fanticini, "L'articolo 2645-ter del codice civile" [*supra*, nota 19], p. 436, nota 88.

(25) Al contrario di quanto avviene nel sistema tavolare, in quanto il controllo giudiziale che svolge il Giudice Tavolare impone una verifica preventiva sugli effettivi poteri del trustee a protezione dei terzi e, soprattutto, dei beneficiari. In tal senso G. Fanticini, "I trusts nell'ordinamento giuridico italiano: certezze e prospettive", in M. Montefameglio (cur.), *La protezione dei patrimoni*, Rimini, 2009, 136.

(26) Cass. civ., Sez. III, 10 novembre 1992, n. 12081, Giust. civ. Mass., 1992, f. 11; Cass. civ., Sez. III, 22 ottobre 1990, n. 10256, Vita not., 1991, 694; Cass. civ., Sez. III, 19 novembre 1993, n. 11404, Riv. notariato, 1993, 1231.

(27) In tal senso G. Fanticini, "L'articolo 2645-ter del codice civile" [*supra*, nota 19], p. 438, il quale ricorda che, come precisato in Cass. 19 ottobre 2005, n. 20197, la nullità per contrasto con disposizioni imperative può essere comminata, oltre che i contratti, anche agli atti unilaterali ex art. 1324 cod. civ.

(28) In tal senso G. Fanticini, "L'articolo 2645-ter del codice civile" [*supra*, nota 19], p. 438, nota 93, il quale, richiamando Cass. 7 novembre 2005, n. 21493, osserva che è dubbia la responsabilità del notaio rogante per aver ricevuto un atto inefficace o solo annullabile, mentre il notaio deve rifiutarsi di ricevere o solo di autenticare atti contrari a norme di carattere imperativo.

(29) Si veda nota n. 13 e n. 18, *supra*.

(30) M. Lupoi, Gli "atti di destinazione", nel nuovo art. 2645-ter c.c. quale frammento di trust [*supra*, nota 21], a p. 173.

(31) La nota di trascrizione può leggersi *infra*, p. 454.

clausola fiscale, nella quale si precisa che il trust *de quo* è a scopo di garanzia in quanto è volto a garantire al fallimento l'incasso della somma dovuta da parte di un debitore della procedura e, pertanto, privo di alcun intento liberale o donativo da parte di alcuna delle parti coinvolte, né comportante alcun arricchimento effettivo o potenziale delle stesse.

Il notaio rogante, quindi, nel richiedere conseguentemente la registrazione dell'atto con l'applicazione dell'imposta di registro in misura fissa, cita la decisione della Commissione Tributaria Provinciale di Bologna, II Sezione, con sentenza n. 120-02-09 del 7 ottobre 2009(32). La sentenza in questione verte in tema di trust di garanzia ed a fronte della applicazione, da parte dell'Agenzia delle Entrate, dell'imposta sulle successioni e donazione al vincolo di destinazione, ai sensi dell'art. 6 del D.L. 3 ottobre 2006, n. 262 e della L. 4 novembre 2006, n. 286 in misura dell'8%, come previsto dalle Circolari del 6 agosto 2007 n. 48(33) e del 22 gennaio 2008, n. 3(34), la Commissione oppone la considerazione che il comma 49 dell'art. 2 della legge 4 novembre 2006, n. 286, reintroducendo l'imposta, fa riferimento, da un lato, all'applicazione dell'aliquota corrispondente al legame di parentela esistente tra disponente e beneficiario, e, dall'altro utilizza la locuzione "a favore", facendo intendere quindi l'esclusione da imposizione della mera costituzione di vincoli di destinazione(35) non caratterizzati da intenti liberali. La Commissione, quindi, prosegue sostenendo che il presupposto per l'applicazione dell'imposta di successione e donazione è determinato dall'attribuzione di beni o diritti a favore di un soggetto terzo rispetto al disponente e che conseguentemente l'oggetto del prelievo non può che essere l'incremento netto di ricchezza conseguito dal beneficiario dell'elargizione, cioè il suo effettivo arricchimento. Prosegue la Commissione ribadendo, da un lato quanto già affermato dalla Corte Costituzionale con sentenza 14 giugno 2007, n. 191(36), sulla definizione delle Circolari dell'Agenzia delle Entrate come meri pareri di parte, e, dall'altro, che per analizzare l'assoggettabilità al tributo occorre effettuare un'analisi caso per caso, che tenga conto della natura giuridica del negozio e degli effetti che ne conseguono. Nel caso esaminato la Commissione accoglie il ricorso motivando che:

- 1) trattasi di trust di garanzia privo di beneficiari
- 2) manca qualsivoglia intento liberale
- 3) nessuno dei due disponenti avrebbe potuto beneficiare neanche potenzialmente

4) non vi è stato quindi alcun arricchimento né potenziale né effettivo dei disponenti o del trustee

5) pertanto il trust in questione non può dar luogo all'applicazione dell'imposta di successione e donazione.

Sulla base di tali argomentazioni, la richiesta del notaio rogante di applicazione dell'imposta di registro e di quella ipotecaria in misura fissa è stata quindi accolta.

## ■ Conclusioni

Con il caso in commento, ancora una volta il trust conferma la sua duttilità nell'adattarsi alle diverse situazioni e fornendo soluzioni a problemi che sarebbe arduo risolvere con i normali rimedi che l'ordinamento offre.

Nella fattispecie decisiva, oltre l'arguzia di chi ha ideato una simile applicazione del trust, anche la collaborazione del debitore che ha contribuito a rendere la soluzione più snella; va segnalata altresì la disponibilità del giudice delegato ad autorizzare una prassi fuori dagli standard, ma che recava evidenti vantaggi, di facile concretizzazione, alla procedura fallimentare, e che si allinea alla tendenza sempre più diffusa nella pratica di utilizzare strumenti alternativi a quelli tipici previsti all'ordinamento.

### Note:

(32) In questa Rivista, 2010, 177. Conformi alla menzionata decisione cfr. Com. Trib. Prov. Caserta, 11 giugno 2009, n. 481/15/09, in questa Rivista, 2010, 71; Com. Trib. Prov. Treviso, 30 aprile 2009, n. 47/1/09, ivi, 2010, 73; Com. Trib. Prov. Treviso, 30 aprile 2009, n. 48/1/09, ivi, 2010, 75; Com. Trib. Prov. Lodi, 12 gennaio 2009, ivi, 2009, 296; Com. Trib. Prov. Firenze, 12 febbraio 2009, ivi, 2009, 425; Com. Trib. Prov. Savona, 11 marzo 2009, ivi, 2009, 417.

(33) In questa Rivista 2007, 630, con commento di M. Lupoi, L'Agenzia delle Entrate ed i principi sulla fiscalità del trust, ivi, 497.

(34) In questa Rivista 2008, 211, con commento di G. Gaffuri, La nuova manifestazione di pensiero dell'Agenzia sulla tassazione indiretta del trust, ivi, 121.

(35) In tal senso G. Semino, Prime considerazioni sulla fiscalità degli atti segregativi di beni in trust alla luce della nuova imposta sulle successioni e donazioni, in questa Rivista, 2007, 344, Id., Trust liberali e trust commerciali, ivi, 2006, 191, Id., Certezze e aspetti critici nella fiscalità del trust alla luce delle recenti novità legislative, Dialoghi Tributari, 2008, 102, N. De Renzis Sonnino, L'imposizione indiretta del trust: gli ultimi orientamenti di giurisprudenza e prassi, in questa Rivista, 2009, 512.

(36) Corte Costituzionale, 14 giugno 2007, n. 191, Giur. cost., 2007, 3.

# Trust e elusione fiscale

di Gaetano Scazzeri

Le caratteristiche essenziali del trust fanno sì che tale istituto possa essere impropriamente destinato a scopi elusivi o distorti.

Infatti, sebbene l'istituto del trust non sia strutturalmente, né funzionalmente, predisposto per frodare il fisco o i creditori, le sue caratteristiche sono, però, più facilmente strumentalizzabili rispetto ad altri negozi del diritto civile.

L'intervento esamina tali aspetti del trust, dedicando specifica attenzione alla disciplina antieelusiva che, in campo fiscale, è stata apprestata per ostacolare lo specifico fenomeno.

## ■ Premessa

Prima di passare alla disamina degli aspetti antieelusivi della normativa fiscale italiana, appare opportuno soffermarsi sulle motivazioni che hanno indotto il legislatore a introdurre una normativa *ad hoc* che prevede la possibilità di attrarre a tassazione in Italia "per trasparenza" i redditi o le utilità attribuiti ad un trust non residente.

La risposta è da ricercarsi nel ricorso a trust esteri che, forse più di altre tipologie di istituti giuridici, si prestano ad essere strumentalizzati per fini elusivi; va naturalmente osservato che, così come evidenziato da autorevole dottrina, l'istituto del trust non è *ab origine* o per sua natura, strutturalmente destinato a frodare il fisco o ad eludere le pretese dei creditori(1).

Un ruolo rilevante nell'utilizzo "improprio" di un trust lo si può attribuire ad alcune regole cui l'istituto è sottoposto all'estero, discipline che, spesso, si contraddistinguono per un elevato livello di *privacy* e un'autonomia gestoria molto più marcata rispetto a quella di cui ordinariamente godono gli altri istituti, così come peraltro rilevato nel Rapporto Ocse del 2001. Attesa poi la natura privatistica dell'istituto e il fatto che un trust è essenzialmente un "accordo contrattuale" fra due soggetti privati(2), sostanzialmente tutte le giurisdizioni che riconoscono l'istituto del trust hanno di proposito stabilito di non sottoporlo a una disciplina normativa riconducibile o sovrapponibile a quella delle società(3). In Italia, per

esempio, sebbene i trust "interni" sono istituiti per atto pubblico o per scrittura privata autenticata, non è previsto un ordinario regime di pubblicità dell'atto con il quale il trust viene istituito(4). Ciò significa che, a differenza di quanto accade con le società di capitali, non sono previsti obblighi di registrazione e non esistono registri pubblici dedicati dai quali poter, per esempio, conoscere chi sia il trustee di un determinato trust, né sono previste autorità incaricate di vigilanza su di essi(5). In molte altre giurisdizioni, comunque, la scrupolosa applicazione degli atti istituitivi dei c.d. *charitable trust*(6) è assicurata sottoponendoli al controllo del Procuratore Generale o del Ministro della giustizia(7) ovvero di autorità equivalen-

Gaetano Scazzeri - Colonnello t.ST Comandante del Nucleo di Polizia Tributaria di Ancona.

Il contenuto dell'articolo attiene ad opinioni personali dell'Autore, non necessariamente riflettenti gli orientamenti ufficiali del Comando Generale della Guardia di Finanza.

### Note:

(1) M. Lupoi, La reazione dell'ordinamento di fronte a trust elusivi, in questa Rivista, 2005, 333.

(2) Questa definizione di trust – ossia di accordo contrattuale tra due soggetti privati – è espressamente contenuta nel Rapporto. Dal punto di vista civilistico, si può dubitare della bontà della medesima, osservando come l'atto istitutivo di trust si presti meglio a essere inquadrato nell'ambito dei negozi giuridici unilaterali. Ciò nondimeno, tale rilievo non appare importante ai fini di quanto forma oggetto del presente studio.

(3) Cfr. la Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985 sulla legge applicabile ai trust e sul loro riconoscimento, resa esecutiva con L. 16 ottobre 1989, n. 364, entrata in vigore il 1° gennaio 1992.

(4) Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985 - Art. 12: "Il trustee che desidera registrare beni mobili o immobili o i titoli relativi a tali beni, sarà abilitato a richiedere l'iscrizione nella sua qualità di trustee o in qualsiasi altro modo che riveli l'esistenza del trust, a meno che ciò sia vietato dalla legge dello Stato nella quale la registrazione deve aver luogo ovvero incompatibile con essa".

(5) I trust che svolgono attività nel settore dei servizi finanziari, come gli *unit trust* che raccolgono investimenti dal pubblico, sono spesso disciplinati da una normativa speciale. Dal Rapporto si rileva che in Giappone, ad esempio, un paese classificato come *civil law jurisdiction*, il Tribunale è incaricato della vigilanza su tutti i trust privati, fatta eccezione per quelli che svolgono attività commerciale.

(6) Si tratta di un trust di scopo e cioè soggetto d'imposta, privo, quindi, di beneficiari individuati e parificato alle fondazioni o agli enti senza personalità giuridica.

(7) Nel rapporto Ocse definito *Attorney General*. Questo, negli Stati Uniti (segue)

te, ma nella maggior parte dei regimi giuridici non sussiste l'obbligo di rendere nota l'identità dei beneficiari o del disponente all'Autorità.

Ancora, in altre giurisdizioni(8), a differenza di quanto avviene in Italia, l'istituzione di un trust risulta particolarmente agevole e svincolata da eccessive restrizioni volte alla tutela di eventuali controparti: viene ad esempio consentito al disponente di mantenere il controllo sul trust (molto spesso a ciò conseguono disconoscimenti di privilegi per esempio ai fini fiscali), è prevista la disapplicazione dello Statute of Elizabeth(9), vengono riconosciuti trust senza beneficiari anche per fini "non charitable" e, particolare rilevante, viene consentita l'istituzione di trust revocabili e di durata illimitata. In più le leggi sui trust, in tal modo modificate, consentono che l'atto istitutivo possa prevedere una *flee-clause*(10).

Da ultimo, si osservi che, sempre in tali paesi, un trasferimento di beni in trust non verrà ritenuto illegittimo (fraudolento, e quindi soggetto ad azione revocatoria) se avvenuto prima che sia sorta una ragione di credito verso il disponente ovvero anche se il trasferimento è posteriore di almeno due anni dalla data in cui detta ragione di credito abbia avuto luogo. In alcuni Centri finanziari *off-shore* (OFCs) e in molti Stati degli Stati Uniti, sono stati introdotti i c.d. "Assets Protection Trust" (APTs), ovvero particolari tipologie di trust che offrono una ancora più elevata protezione dei beni dalle possibili azioni che potrebbero essere intentate dai creditori. Secondo la legislazione vigente nelle Isole Cook, una delle originarie giurisdizioni APTs, i trust possono avere durata illimitata e alcuni trust, che altrove sarebbero stati ritenuti non validamente costituiti, vengono invece ritenuti di tipo "charitable"(11) ed il disponente può anche esserne beneficiario e detenere un certo potere di controllo sullo stesso. Inoltre, né sentenze straniere, né tanto meno particolari norme successorie (*heirship rules*)(12) saranno riconosciute.

È quindi la caratteristica essenziale del rapporto che viene ad istituirsi tra i soggetti e il derivante grado di protezione o di non trasparenza che viene a determinarsi che consente astrattamente al trust di prestarsi ad usi distorti.

Volendo scorrere velocemente quelli che possono essere gli usi difformi dell'istituto, si vede che una forma impropria dei trust è quella in cui il rapporto fiduciario viene costituito per nascondere l'esistenza di attività all'Amministrazione finanziaria, ai creditori, all'ex coniuge, ovvero per occultare l'identità dell'ef-

fettivo beneficiario(13): i trust "esterni" molto spesso costituiscono l'ultima isola di anonimato per coloro che cercano di nascondere la propria identità patrimoniale(14) o possono essere utilizzati con finalità di riciclaggio di capitali di illecita provenienza, in particolare rispettivamente nelle fasi del "layering"(15) e/o dell'"integration"(16).

#### Note:

(continua nota 7)

ti d'America, è al medesimo tempo capo del Ministero federale della giustizia (*Department of Justice*), nonché Avvocato generale dello Stato (ha funzioni di rappresentanza in giudizio del Governo Federale, rappresentando gli Stati Uniti in ogni questione legale) e – su richiesta – rende pareri al Presidente e agli altri membri del Governo Federale. Rappresenta in giudizio il Governo Federale – comparando personalmente – nei giudizi di eccezionale importanza promossi innanzi alla Corte Suprema. In Gran Bretagna, invece, l'Attorney General è il primo Legal Officer dello Stato nonché Capo del Consiglio Nazionale Forense.

(8) Come ad esempio le Isole Cook, Nevis e Niue.

(9) Al fine di distinguere un *charitable trust* da un *non charitable trust*, occorre stabilire che cosa sia, nel diritto anglosassone, una *charity* e occorre rifarsi allo Statute of Elizabeth I (1601), normalmente conosciuto come *Charitable Uses Act 1601*. Tale documento, nel preambolo, elenca un certo numero di scopi "caritatevoli", che ancora oggi costituiscono il punto di riferimento per ogni tentativo di classificazione dei *charitable trusts*. L'elencazione degli scopi "caritatevoli" è stata di recente integrata a seguito dell'entrata in vigore del *Charities Act 2006*.

(10) La *flee-clause* è una particolare clausola in base alla quale le attività del trust possono essere trasferite in un'altra giurisdizione, così come può essere cambiata la legge regolatrice del trust; nuovi trustee possono venire nominati dietro l'occorrenza di determinati avvenimenti come un'importante modifica legislativa o la notifica di un procedimento giudiziario.

(11) I *charitable trust* sono una tipologia di trust istituiti allo scopo di detenere un patrimonio destinato ad opere di carità ed assistenza, ovvero ad opere religiose o culturali, e in generale a fini di pubblica utilità. La particolarità di tale tipologia di trust – e quella che qui più interessa – è che lo stesso gode, proprio in virtù degli scopi per cui è costituito, di notevoli privilegi, segnatamente di tipo fiscale. Il *charitable trust* è, infatti, esente dal pagamento delle imposte sui redditi e di successione. I *charitable trust* sono regolati dal *Charities Act* del 1960 e dal *Charities Act 2006*, leggi che stabiliscono altresì tutte le regole necessarie per il loro riconoscimento.

(12) Le "*heirship rules*" sono le disposizioni di legge che regolano la materia successoria, con particolare riferimento alla ripartizione dell'asse ereditario. In alcuni paesi, in particolare, è la legge a disporre il criterio e le modalità con cui il patrimonio di un soggetto debba essere assegnato alla sua morte (il riferimento è alla c. d. quota di legittima).

(13) M. Lupoi, La reazione dell'ordinamento di fronte a trust elusivi [*supra*, nota 1], a p. 333.

(14) Per esempio, la complessa rete di società che l'ex magnate dei media Robert Maxwell creò al fine di occultare la proprietà dei suoi beni vedeva in cima alla piramide di controllo due trust.

(15) Attività consistente in un processo di separazione dei proventi dal fatto-reato che ha dato loro origine, di norma realizzato attraverso l'esecuzione di un certo numero di transazioni attraverso l'utilizzo di vari strumenti – anche societari – collocati in diverse giurisdizioni.

(16) Attività consistente nella reintroduzione del denaro così riciclato nel circuito economico.

Ancora, i trust istituiti e gestiti all'estero possono essere usati al fine di perpetrare truffe anche di natura fiscale: ad esempio, un disponente, nel tentativo di evadere le imposte, potrebbe decidere di trasferire – naturalmente in maniera simulata – le proprie attività patrimoniali o economiche in un trust e successivamente attestare – falsamente – di aver ceduto il controllo su di esse; per creare tale apparenza, il disponente porrà in essere tutte le formalità previste per istituire un trust valido ed efficace; ad esempio, istituirà un trust irrevocabile, nominerà trustee un terzo e non designerà se stesso come beneficiario. Ciononostante il disponente, pur comportandosi solo in apparenza conformemente alle prescrizioni e formalità previste (o tipiche), potrebbe ancora esercitare il controllo attraverso l'uso di lettere di desiderio (*letters of wishes*)(17). Ora, sebbene una lettera di desiderio non sia vincolante per il trustee, questo di norma sarà portato a dare seguito ai desiderata espressi in essa.

Per assicurarsi che il trustee si comporti conformemente all'atto istitutivo (e, seppure in modo improprio, alle lettere di desiderio) diverse legislazioni sui trust di molte giurisdizioni di *common law* offrono la possibilità di nominare un guardiano (*protector*). Il guardiano è nominato dal disponente e spesso è scelto nella cerchia delle persone più fidate. Ma mentre il guardiano non può “forzare” il trustee sui propri atti discrezionali né, tanto meno, intervenire sul cambio dei beneficiari individuati, può essere previsto, negli atti istitutivi, che egli possa revocare il trustee in qualunque momento, nominandone uno nuovo o, addirittura, assumendo egli stesso il suddetto ufficio.

Conseguentemente, il trustee che non aderisca alle disposizioni dell'atto istitutivo può essere rimosso; analogamente ciò può accadere qualora il trustee non si adegui alle lettere di desiderio del disponente. Ma va considerato che gli effetti di tali decisioni ricadono sull'esistenza del trust stesso. Infatti, determinati poteri che il disponente riserva a se stesso, o sono fiduciari oppure fanno venire meno l'affidamento e, quindi, la stessa esistenza del trust.

Il disponente può, ancora, trasferire le sue attività o i suoi beni in un *trust offshore*, al fine di tenerli fuori della portata dei creditori o sottrarli ai controlli dell'Amministrazione finanziaria.

Una volta che le attività sono state trasferite in un *trust offshore*, chi abbia interesse ad “aggrederle” troverà molto difficile e costoso localizzarle ed identificare il loro effettivo beneficiario. Anche se questo

dovesse essere possibile, i creditori andrebbero inevitabilmente incontro a notevoli lungaggini e a rilevanti spese nel tentativo di aggredire le attività in trust.

L'attitudine dei trust a fungere come strumento per nascondere l'identità del beneficiario economico dei beni e per perpetrare frodi si è incrementata nei primi anni del 2000, sotto la spinta delle rilevanti modifiche legislative avvenute nelle legislazioni sui trust di molti paesi che cominciavano a riconoscere e disciplinare l'istituto in esame; il risultato finale è stato, in definitiva, che i trust costituiti all'interno di queste giurisdizioni hanno finito per assomigliare sempre meno ai tradizionali trust di *common law*.

## ■ L'interposizione fittizia

Come sopra accennato con riferimento all'evasione fiscale, l'istituto si presta all'occultamento di ricavi o proventi “in nero”, che si intendono sottrarre alla tassazione italiana.

Occorre partire dal presupposto che i trust, non essendo regolati da normativa interna almeno in Italia, devono attenersi alla nozione desumibile dal disposto dell'art. 2 della Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985 in termini di elementi costitutivi.

Poiché la caratteristica essenziale dell'istituto in esame è la netta distinzione tra i soggetti:

- il *settlor*, o disponente, che si spoglia dei propri beni;
- il trustee, o amministratore, che li gestisce, senza diventarne proprietario;
- i beneficiari, che sono i destinatari dei beni o dei redditi, sulla base delle decisioni del disponente, non saremo in presenza di un vero e proprio trust, allorché il trustee non abbia alcuna autonomia gestionale, ma sia una mera “testa di legno” del disponente, in tutto e per tutto vincolato alle sue decisioni(18).

### Note:

(17) Una lettera di desiderio che, sovente, nella prassi d'oltre-confine accompagna i “trust discrezionali”, ha la funzione di fissare i desideri del disponente concernenti il modo in cui egli vorrebbe che il trust persegua i suoi obiettivi istituzionali.

(18) A seguito della sentenza *Robert A. and Colleen L. Lund v Commissioner of Internal Revenue* del 30 ottobre 2000 dell'United States Tax Court (in questa Rivista, 2001, 588), per l'Amministrazione fiscale americana devono sussistere quattro requisiti perché possa riconoscersi la legittimità giuridica di un trust, sussistendo una sua effettività economica: 1) dopo l'istituzione del trust, deve mutare il preesistente rapporto tra il

(segue)

E questo ancorché venga nominato un guardiano, peraltro anch'esso direttamente dipendente dal disponente revocabile *ad nutum*. Come già sopra accennato, in questo caso siamo in presenza di un'alienazione di beni simulata molto probabilmente destinata esclusivamente alla sottrazione di materia imponible al Fisco.

Una delle modalità più frequenti per conseguire siffatti scopi illeciti è quella dei c. d. *sham trust*, ossia "simulati" o "fittizi".

Elementi di prova della "fittizietà" del trust possono essere i seguenti:

- il disponente è al tempo stesso anche il beneficiario delle utilità prodotte dal trust;
- il negozio è revocabile a totale discrezione del disponente;
- il contenuto dell'atto istitutivo è tale da relegare il trustee in un ruolo passivo, senza alcuna facoltà decisionale;
- il disponente continua ad esercitare con pienezza ed in totale autonomia i poteri per la gestione dei beni in trust.

Ma come acquisire, in sede ispettiva, questa prova? Poiché l'istituzione del trust non richiede l'atto pubblico (salvo nel caso di conferimento di beni immobili o mobili registrati), gli elementi di prova possono desumersi, tra le altre, dalle seguenti circostanze di fatto:

- risultati di indagini bancarie o finanziarie, che consentono la ricostruzione di collegamento stretto fra i vari soggetti;
- reperimento di documentazione relativa all'istituzione del trust simulato;
- dichiarazioni rese da persone informate sui fatti.

Comunque, al di là dell'acquisizione di elementi di confutazione, nel caso dei trust simulati, si può arrivare ad individuare un'ipotesi di "interposizione fittizia", rilevante ex art. 37, III comma, del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 ("Tuir").

Secondo alcuni autori, si è al di fuori della vera e propria struttura di interposizione fittizia atteso che per la sussistenza dell'istituto del trust deve essere presupposta la presenza di due "soggetti" percettori di redditi (quello reale e quello interposto), mentre nel caso del trust simulato il soggetto è uno solo (il fittizio disponente). Di conseguenza il trust stesso, nel caso di trust "opaco" o i beneficiari, nel caso di trust "trasparente", sono giuridicamente inesistenti. Del resto, autorevole dottrina aveva già affermato che, in tutte le ipotesi in cui il disponente coincide con il

beneficiario e mantiene un pregnante potere di indirizzo e di gestione sull'attività del trustee, la stessa assenza del negozio viene meno, con la conseguenza che non si integra neanche l'ipotesi di interposizione reale attuata attraverso il mandato senza rappresentanza e rimanendo la proprietà del bene in capo al disponente con diretta imputazione dei redditi allo stesso(19).

In tal senso, si è espressa anche l'Agenzia delle Entrate, affermando che qualora la gestione del trust resti, di fatto, in capo al disponente, non si verifica un suo reale spossamento; ne consegue che ai fini fiscali il negozio rileva come "mandato senza rappresentanza" con relativa imputazione dei redditi al disponente(20).

## ■ Le norme antielusive

Anteriormente all'introduzione dell'art. 73, III comma, del Tuir, prima norma antielusiva applicabile in via esplicita al trust, la dottrina ha esaminato la riconducibilità del trust nell'ambito della norma antielusiva di cui all'art. 37-bis del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, sebbene i trust non compaiano tra gli istituti inopponibili all'Amministrazione finanziaria. Peraltro potrebbe argomentarsi che al I comma dell'art. 37-bis si fa riferimento a qualsiasi atto, fatto o negozio, privo di valide ragioni economiche, diretto ad aggirare obblighi o divieti previsti dalle norme tributarie, finalizzato ad ottenere riduzioni di imposte o rimborsi, altrimenti indebiti. In questo caso, è stato osservato che la sussistenza di valide ragioni economiche verrebbe meno nel momento in cui la "spoliazione" fosse disposta da una persona fisica, atteso che

### Note:

(continua nota 18)

disponente e i beni in trust (in altre parole, questi non può continuare a gestire, in luogo del trustee, i beni o le attività);

2) l'autonomia decisionale del trustee deve essere effettiva;

3) i beneficiari del trust debbono essere realmente tali, occorre, quindi, che vi siano comportamenti o atti che evidenzino l'interesse degli stessi e la loro reale qualifica;

4) devono essere rispettate le limitazioni stabilite dall'atto istitutivo del trust con riferimento alle azioni attuabili da parte del disponente (nel caso esaminato dalla Corte, si era accertato che il disponente, contrariamente alle disposizioni istitutive, otteneva linee di credito senza il tramite del trustee).

(19) F. Gallo, Trusts, interposizione ed elusione fiscale, Rassegna Tributaria, 1996, 1043.

(20) Ris. dell'Agenzia delle Entrate n. 8/E del 17 gennaio 2003, che ha recepito il parere su interpello reso in data 24 settembre 2002, in questa Rivista, 2003, 319.

appare difficilmente sindacabile la valenza economica di un atto dispositivo posto in essere al di fuori di un'attività d'impresa(21). Tra l'altro, l'aggiramento di obblighi e divieti presuppone il riferimento a norme specifiche o, perlomeno, a una disciplina di riferimento: circostanza questa non individuabile per il trust e che ne rende difficoltosa anche la riqualificazione da parte dell'Amministrazione finanziaria che potrebbe pretendere, in tal caso, per il disconoscimento del negozio secondo lo schema della simulazione assoluta, sebbene le numerose richieste di interpello abbiano portato a risoluzioni tendenti a ricondurre le ipotesi prospettate a figure giuridiche simili previste dal diritto positivo.

Ai fini del disconoscimento dei vantaggi di natura fiscale e, quindi, dell'applicabilità dell'art. 37-bis, occorre poi che il trust sia stato utilizzato senza una valida ragione economica, per consentire una indebita e sostanziale riduzione delle imposte dovute attraverso l'aggiramento di obblighi e divieti.

Ad esempio, in presenza di residenza estera del trust non può escludersi l'ipotesi elusiva qualora oggetto del trust stesso sia la gestione di attività finanziarie, costituenti il *trust fund*, che se imputate al disponente italiano, sconterebbero un carico fiscale maggiore.

A tale proposito si può pensare al caso in cui, a seguito di cessione di partecipazioni non qualificate(22), piuttosto che sottoporre a tassazione le plusvalenze realizzate a titolo di *capital gain* scontando, in tal modo, una ritenuta a titolo di imposta pari al 12,5% (ai sensi degli artt. 5 e seguenti del D. Lgs. 21 novembre 1997, n. 461) si tenti di azzerare completamente il carico fiscale derivante dal passaggio azionario, ricorrendo ad un atto di donazione a favore di un trust istituito in un Paese a fiscalità privilegiata.

In tali casi spetta all'Amministrazione finanziaria, analizzate tutte le componenti oggettive, soggettive e temporali, dimostrare che l'utilizzo di un trust sia stato preordinato all'ottenimento di un indebito risparmio d'imposta.

Occorre considerare poi che la Corte di Cassazione ha riconosciuto la possibilità di disconoscere la validità civilistica di quei contratti che, privi di causa ex art. 1418 del codice civile, abbiano come scopo quello di ottenere unicamente un indebito risparmio d'imposta(23). Infatti, pur non esistendo nell'ordinamento fiscale italiano una clausola generale antielusiva, tale conclusione può desumersi dal concetto di abuso del diritto elaborato dalla giurisprudenza co-

munitaria, principio secondo cui non possono trarsi benefici da operazioni intraprese ed eseguite al solo scopo di procurarsi agevolazioni fiscali.

L'abuso del diritto è un istituto che, ad oggi, non trova la paternità in alcuna norma giuridica del nostro Ordinamento. È un concetto giuridico che si è sviluppato attraverso la dinamica del diritto, l'applicazione pratica delle norme cogenti ai casi concreti e la loro interpretazione giurisprudenziale e dottrinale. In questo, la giurisprudenza (in ultimo veggasi la Cassazione con le sentenze del 23 dicembre 2008(24)), ha concepito la possibilità per l'Amministrazione finanziaria di vagliare il negozio giuridico posto in essere tra le parti verificandone gli effetti sul Fisco in termini d'indebito vantaggio fiscale e determinando quindi l'inopponibilità del negozio stesso. Questa posizione sembra essere quella più idonea a cogliere l'equilibrio che esiste tra libertà contrattuale e tutela erariale: da una parte il principio della libertà negoziale riserva alle parti la facoltà di porre in essere negozi giuridici che riflettono una libera pianificazione dei propri interessi e quindi del trust, dall'altra tali interessi non devono tradursi in un illegittimo risparmio d'imposta ovvero confliggere con i principî e le norme tributarie, le quali sembrano oggi assumere un valore per nulla subordinato o secondario rispetto alle altre leggi, in particolar modo, alle norme civilistiche(25).

#### Note:

(21) F. Paparella, Brevi riflessioni aggiornate in materia di trust, elusione ed interposizione di persona, Bol. trib., 2002, 485.

(22) Ai sensi dell'art. 67, I comma, lettera c), del Tuir, si definiscono partecipazioni qualificate quelle che consentono di esercitare nell'assemblea ordinaria una percentuale di diritti di voto del 2 o del 20% ovvero una partecipazione al capitale o al patrimonio del 5 o del 25%, a seconda che si tratti di titoli negoziati in mercati regolamentati o non.

(23) Cass., Sez. Trib., 21 ottobre 2005, n. 20398, Giust. civ. Mass., 2005, 10.

(24) Cass., Sez. Un., 23 dicembre 2008, nn. 30055, 30056, 30057, Giust. civ. Mass., 2008, 12, 1826.

(25) In buona sostanza, con l'introduzione dell'abuso del diritto sembra essere stato ampliato il concetto di elusione fiscale ricomprendendo in esso qualsiasi scelta fiscalmente vantaggiosa priva di ragioni economiche apprezzabili. La Corte sembra ribadire, in sostanza, che:

- la ponderazione delle valide ragioni economiche viene a proporsi solo dopo che si ritenga verificato l'aggiramento di norme o principî;
- la reazione dell'ordinamento si rivolge unicamente contro gli "indebiti vantaggi fiscali" derivanti dall'"utilizzo distorto, pur se non contrastante con una specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei a ottenere un risparmio fiscale".

Le Sezioni Unite ricordano di avere già affermato, anche in campi diversi dal diritto tributario, l'esistenza di un principio generale, non scritto, (segue)

Come già accennato, la legge finanziaria 2007 ha introdotto, con il III comma dell'art. 73 del Tuir, due presunzioni di residenza fiscale del trust che ha come effetto l'attrazione in Italia della residenza di un trust estero, anche se istituito in Stati o territori esteri non necessariamente considerati *off-shore* o *tax haven*.

È sufficiente che lo Stato scelto per la delocalizzazione fittizia del reddito abbia aliquote più basse di quella nazionale ovvero preveda meccanismi di differimento del versamento delle imposte (*tax deferral*).

La prima disposizione presuntiva, inserita nel secondo periodo dell'art. 73, III comma, del Tuir, così recita: "Si considerano altresì residenti nel territorio dello Stato, salvo prova contraria, i trust e gli istituti aventi analogo contenuto istituiti in Paesi diversi da quelli indicati nel decreto del Ministro delle finanze 4 settembre 1996, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 220 del 19 settembre 1996, e successive modificazioni, in cui almeno uno dei disponenti ed almeno uno dei beneficiari del trust siano fiscalmente residenti nel territorio dello Stato".

Si tratta, in questo caso, di una presunzione relativa che ammette la prova contraria, nel senso che è possibile dimostrare l'effettiva residenza fiscale del trust all'estero. Sulla prova contraria da fornire si ritiene che gli elementi richiesti possano essere la localizzazione degli elementi istitutivi del trust, gli uffici e la struttura del trustee, la dimostrazione che gli impulsi volitivi siano effettivamente provenienti dall'estero e che siano prevalenti rispetto a quelli provenienti dal territorio nazionale, in modo da far ritenere che la sede di amministrazione effettiva del trust sia all'estero(26).

L'intento antielusivo di questa norma è chiaro e si affianca al disposto dell'art. 35 del D. L. 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla L. 4 agosto 2006, n. 248, sull'esterovestizione delle *holding* e dei gruppi societari.

La norma di contrasto alle esterovestizioni societarie viene in un certo senso rafforzata dalla disposizione antielusiva dedicata al trust. L'impostazione è la medesima ed è legata all'esigenza di contrastare la fittizia localizzazione di strutture all'estero al fine di beneficiare di regimi fiscali favorevoli nel momento in cui il loro "punto di partenza" (il soggetto che controlla la *holding* estera nel caso dei gruppi, ovvero il disponente nel caso del trust) e il loro "punto di arrivo" (le società operative, ovvero il be-

neficiario del trust) abbiano entrambi la residenza in Italia.

È da sottolineare che la norma, così formulata, menziona anche gli "istituti aventi analogo contenuto" a quello di un trust. Il legislatore ha voluto in questo modo tenere conto della possibilità che ordinamenti stranieri disciplinino istituti analoghi al trust, ma assegnino loro un "*nomen iuris*" diverso; per individuare quali siano gli istituti aventi contenuto analogo, occorre fare riferimento agli elementi essenziali e caratterizzanti dell'istituto del trust. Secondo alcuni autori, l'espressione usata dal legislatore dovrebbe essere interpretata utilizzando come parametro la definizione di trust fornita dall'art. 2 della Convenzione de L'Aja che consente di qualificare "trust" tutti gli istituti che abbiano le caratteristiche delineate dalla norma e che siano stati istituiti in Paesi che aderiscono alla Convenzione, mentre gli istituti aventi tali caratteristiche, ma che sono istituiti in Paesi non aderenti alla Convenzione, non potrebbero essere qualificati trust, ma solo "istituti aventi contenuto analogo"(27).

Pertanto, accogliendo questa impostazione, si potrebbe sostenere che la presunzione di residenza in Italia possa essere applicata a tutti gli istituti che, pur non potendosi chiamare "trust" (né ai sensi della legge applicabile nel Paese in cui sono stati realizzati, né ai sensi della Convenzione de L'Aja) abbiano i seguenti caratteri:

- diano luogo al trasferimento della titolarità di un complesso di diritti da un disponente ad un altro soggetto al fine di perseguire uno scopo o di beneficiare terzi soggetti;
- il disponente crei un vincolo di destinazione sui beni conferiti in trust;
- si realizzi la segregazione patrimoniale dei beni oggetto del trust.

La seconda presunzione prevista dalla norma antielusiva è quella che il trust estero sia istituito in un

**Note:**

(continua nota 25)

contro l'abuso del diritto che trova fondamento nella "costituzionalizzazione del canone generale di buona fede oggettiva e correttezza, in ragione del suo porsi in sinergia con il dovere inderogabile di solidarietà di cui all'art. 2 della Costituzione" (sent. n. 23726 del 15 novembre 2007, Giust. civ., 2008, 641).

(26) Cfr. P. Valente, "Esterovestizione e residenza", Milano, 2008, p. 31 ss.

(27) Ad esempio, secondo F. Squeo, L'imposizione diretta dei trust in Italia: un orizzonte da definire, in questa Rivista, 2007, 380, rientrerebbero in tale dizione le "fondazioni panamensi e quelle del Liechtenstein".

paese non *white-list*. Al riguardo, la circ. n. 48/E del 6 agosto 2007(28) ha chiarito che per essere “istituito” all'estero il trust debba aver formalmente fissato la residenza.

L'ultimo periodo dell'art. 73, III comma, del Tuir, così recita: “Si considerano, inoltre, residenti nel territorio dello Stato i trust istituiti in uno Stato diverso da quelli indicati nel citato decreto del Ministro delle finanze 4 settembre 1996, quando, successivamente alla loro costituzione, un soggetto residente nel territorio dello Stato effettui in favore del trust un'attribuzione che importi il trasferimento di proprietà di beni immobili o la costituzione o il trasferimento di diritti reali immobiliari, anche per quote, nonché vincoli di destinazione sugli stessi”.

Anche in questo caso, la citata circ. n. 48/E ha chiarito che si tratta una presunzione relativa di residenza; rimane, quindi, la possibilità per il contribuente di dimostrare l'effettiva residenza fiscale del trust all'estero.

La norma prevede ancora che:

- almeno uno dei disponenti e
- almeno uno dei beneficiari del trust, siano fiscalmente residenti in Italia.

Come si può notare, entrambe le condizioni devono verificarsi congiuntamente affinché scatti la presunzione.

È rilevante, in questo caso, stabilire quale sia il momento in cui la residenza fiscale di un disponente e di un beneficiario attraggono in Italia la residenza fiscale del trust.

Secondo quanto desumibile dalla circ. n. 48/E, non sembra necessario che la residenza italiana del disponente e del beneficiario sussistano con riferimento allo stesso periodo d'imposta. In tal modo, l'Agenzia, con le istruzioni diramate, pare discostarsi dall'interpretazione letterale del dettato normativo, che sembrerebbe collegare e quindi vincolare i requisiti di residenza dei due attori al momento dell'istituzione del trust. Infatti, spiega la circ. n. 48/E, la residenza del disponente, in considerazione della natura istantanea dell'atto di disposizione, rileva nel periodo d'imposta in cui questi ha effettuato l'atto di disposizione a favore del trust. Eventuali cambiamenti di residenza del disponente in periodi d'imposta diversi sono irrilevanti.

Con riferimento al beneficiario, si è già evidenziato che l'art. 73 del Tuir è applicabile ai trust con beneficiari individuati. La residenza fiscale del beneficiario attrae in Italia la residenza fiscale del trust

anche se questa si verifica in un periodo d'imposta successivo a quello in cui il disponente ha posto in essere l'atto di disposizione a favore del trust.

Un'ulteriore condizione idonea ad operare l'attrazione di residenza in Italia si verifica quando un soggetto residente in Italia (il disponente), in epoca successiva all'istituzione di un trust in un “paradiso fiscale”, effettui in favore dello stesso un'attribuzione che comporti il trasferimento di proprietà di immobili o la costituzione/trasferimento di diritti reali immobiliari, anche per quote, nonché vincoli di destinazione sugli stessi.

In questo caso la norma lascia aperti alcuni interrogativi: infatti non chiarisce quando debba verificarsi il requisito della residenza fiscale in Italia del disponente che effettua il trasferimento: solo al momento dell'attribuzione al trust degli immobili e/o dei diritti reali immobiliari o anche all'inizio ovvero alla fine di ogni periodo di imposta durante la vita del trust? E una volta che il trust è considerato residente in Italia lo è per tutta la sua durata o possono intervenire elementi o circostanze che ne facciano cadere il presupposto?

Un ulteriore dubbio emerge con riferimento all'ubicazione dei beni istituiti in trust, in quanto la norma parla di beni immobili e diritti reali immobiliari senza specificare assolutamente dove essi debbano essere situati: gli immobili devono essere ubicati solo in Italia o anche all'estero? Se tutti gli immobili si trovano all'estero e l'unico elemento riconducibile al territorio italiano del trust è rappresentato dal soggetto che effettua l'attribuzione di beni immobili, la residenza del trust deve essere comunque attratta in Italia? Tali dubbi interpretativi saranno certamente oggetto, quanto prima, di chiarimenti da parte dell'Agenzia.

Le istruzioni ministeriali hanno infine precisato che, ove compatibili, anche le disposizioni in materia di esteroestensione delle società previste dall'art. 73 del Tuir, commi 5-bis e 5-ter, sono applicabili ai trust e in particolare a quelli istituiti o comunque residenti in Paesi compresi nella *white list*, per i quali non trova applicazione la specifica presunzione di residenza di cui all'art. 73, III comma, del Tuir nella versione emendata dalla Finanziaria 2007.

#### Nota:

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

In base a tale norma infatti, salvo prova contraria, sono attratti a residenza nello Stato le società e gli enti esteri che detengono, ai sensi dell'art. 2359, comma 1, del codice civile, partecipazioni di controllo in imprese residenti e sono controllati, anche indirettamente, da soggetti residenti nel territorio dello Stato o sono amministrati "da un consiglio di amministrazione, o altro organo equivalente di gestione, composto in prevalenza di consiglieri residenti nel territorio dello Stato".

In merito, come osservato in dottrina, occorre rilevare i limitati ambiti applicativi della summenzionata presunzione (di esteroinvestizione) al particolare istituto del trust, almeno ricorrendo ad un'interpretazione strettamente letterale della norma, e ciò per la normale assenza di amministratori italiani e, soprattutto, per l'impossibilità di realizzare un controllo rilevante ai sensi dell'art. 2359 del codice civile, che come è ben noto richiede una precisa relazione giuridicamente qualificata.

In tal senso, con riferimento alle disposizioni in materia di CFC, avendo già sopra evidenziato che, ora, il trust è ricompreso tra i soggetti Ires per effetto della disposizione di cui all'art. 73 del Tuir, qualora si sia in presenza di un trust correttamente istituito e, soprattutto legalmente gestito, mancherebbe il requisito del controllo ex art. 167 del Tuir, non ravvisandosi gli elementi di cui all'art. 2359 del codice civile. Ciò vale a condizione che il trustee mantenga l'autonomia di gestione del trust rispetto al disponente o ai beneficiari. Occorre, tuttavia, considerare anche l'ipotesi di un "collegamento indiretto" previsto dall'art. 168 del Tuir. Come era stato opportunamente evidenziato già prima dell'entrata in vigore delle ultime disposizioni esaminate: "l'inserimento del trust nella catena di controllo delle società del gruppo determina la sua interruzione"(29). Gli effetti di questa "interposizione" si producono sia in termini di bilancio, non rientrando nell'area di consolidamento la partecipazione detenuta per il tramite di un trust proprio perché sottratta alla disponibilità della società-disponente, che in termini fiscali.

Infatti, secondo l'Agenzia delle Entrate(30), l'interposizione di un trust nella catena partecipativa di controllo o di collegamento, fa scattare comunque l'applicabilità del regime CFC. In tale ipotesi, la detenzione di partecipazioni per il tramite di un trust può essere assimilata all'ipotesi di "possesso di partecipazioni per interposta di persona" (la nozione di trust come persona è anche contenuta nella citata

circ. n. 48/E), ritenendo sussistente il presupposto relativo all'esistenza di "redditi conseguiti da soggetto estero partecipato" residente in paese a regime fiscale privilegiato (art. 167, I comma, del Tuir) e, di conseguenza, l'applicabilità della disciplina della tassazione per trasparenza di cui al seguente art. 168 del Tuir.

#### Note:

(29) F. Galgano, Shopping del diritto, trust interno, gruppi di società, in questa Rivista, 2002, 333.

(30) Ris. n. 400/E del 23 ottobre 2008, in questa Rivista, 2009, 74. Nell'ipotesi sottoposta a interpello, la società istante deteneva indirettamente una partecipazione pari al 50% agli utili di tre *Special Purpose Company* (SPC) tutte localizzate in paesi a regime fiscale privilegiato. La partecipazione era detenuta tramite un Gruppo di Interesse Economico (GIE) francese che controllava le tre società attraverso l'instestazione fiduciaria del totale delle azioni a un trust non discrezionale. La *Special Purpose Company* (SPC) è una società che viene costituita *ad hoc* per un'operazione di finanziamento a lungo termine la quale serve per mantenere separati gli assets del progetto da quelli dei soggetti proponenti l'iniziativa d'investimento (i cosiddetti "promotori"). La SPC viene finanziata sia da capitale *equity* (azioni), fornito generalmente dai promotori e non deve superare l'ammontare del 15-20%, il rimanente 80-85% da capitale di debito (obbligazioni) normalmente ottenuto da un *pool* di banche. In questo modo, attraverso l'imputazione di attività e passività alla SPC è possibile mantenere un controllo più stretto sull'andamento del progetto. È, inoltre, un modo per proteggere gli interessi dei soci promotori, i quali sono così "schermati" dall'eventuale fallimento del progetto stesso. Lo schema del *Project Financing* ha riscosso i maggiori successi per quei progetti per loro natura più complessi, quali la realizzazione di centrali elettriche o di nuove attività estrattive, dove alti sono i rischi ambientali, tecnici, politici ed economici. Anche i progetti di ricerca possono beneficiare di questo sistema di finanziamento, dato che i finanziatori in *equity* potranno garantirsi sulla proprietà della SPC, la quale detiene la titolarità su ogni risultato (brevetti o altro) del progetto di ricerca.

## Il trust di sostegno

di **Annapaola Tonelli - Andrea Bulgarelli**

Per le disposizioni di natura più prettamente patrimoniale un ben congegnato atto istitutivo di trust con una dettagliata indicazione dei poteri del trustee risulta pienamente sufficiente ad assicurare al beneficiario l'effettiva cura della sua persona, oltre che del suo patrimonio. L'amministrazione di sostegno può avere carattere residuale ove si sia in precedenza disposto un trust che valga ad assicurare adeguatamente la cura *patrimonii e personae* di cui essa risulti beneficiaria col quale abbia al contempo designato il trustee quale suo amministratore di sostegno.

Salva l'eccezionale necessità di concludere un negozio giuridico (non rientrante tra quelli aventi ad oggetto quanto necessario al suo mantenimento o esulante dall'oggetto del mandato conferito *sub condicione* della propria futura incapacità) l'AdS potrebbe allora essere disposta in via residuale solo allorquando subentrasse la necessità di esprimere il consenso ad un trattamento sanitario ma, anche in queste residuali ipotesi, in virtù della previa istituzione del trust, non vi sarebbe ragione alcuna per provvedere agli adempimenti pubblicitari previsti per l'AdS considerato l'ambito extra-negoziale dei compiti demandati all'amministratore.

Si potrà tutt'al più inserire nell'atto istitutivo anche una designazione ex art. 408 c.c., approfittando dell'intervento notarile volto ad assicurare la forma richiesta per l'atto istitutivo secondo la prassi dei trust interni per esprimere ogni dichiarazione in tema di trattamenti sanitari.

### ■ Il caso

Appare opportuno riassumere preliminarmente il fatto dal quale trae origine il provvedimento del Tribunale di Roma, 26 ottobre 2009, qui commentato(1).

Vincenzo, Luigi e Paolo sono fratelli.

Luigi soffre da parecchi anni di una sindrome dissociativa che non gli consente di provvedere autonomamente

alla cura di sé e dei propri interessi patrimoniali.

Paolo si è sempre disinteressato di Luigi, mentre Vincenzo se ne è sempre preso cura, assicurandogli un'abitazione, il sostentamento e tutte le cure necessarie.

Preoccupato per il futuro di Luigi, Vincenzo istituisce nel 2004 un trust (che successivamente nomina anche suo erede universale), di cui sono beneficiari Vincenzo e Luigi e beneficiari del residuo i quattro pronipoti, con lo scopo di assicurare: "il mantenimento del più che agiato, solito, loro tenore di vita, a seguito del verificarsi di situazioni di necessità di loro assistenza morale e materiale" e "condizioni agiate pari alle attuali, con l'assistenza di un collaboratore domestico fisso e nella attuale residenza o in residenza equivalente, ed anzi, ancor più agiate, impiegando i frutti, ma, eventualmente, anche il capitale del patrimonio pervenuto al trustee e vincolato in trust".

Nell'atto istitutivo viene previsto che il trustee (un avvocato di fiducia del disponente) fornisca il rendiconto unicamente a Luigi e a Vincenzo e che Paolo sia escluso dai beneficiari e dalla gestione del trust.

Non è previsto l'ufficio di guardiano.

Alla morte di Vincenzo il trustee si disinteressa di Luigi, al quale si limita ad erogare le somme spettantigli senza verificarne l'impiego.

Luigi si rifiuta di sottoporsi alle cure mediche e la sua situazione di salute peggiora costantemente. Egli non è in grado di gestire né la sua persona, né le sue disponibilità economiche e tanto meno di controllare l'operato del trustee.

Amalia, cugina di Luigi e Vincenzo e madre di due dei beneficiari del residuo, ricorre allora al Giudice Tutelare presso il Tribunale di Roma al fine di assicurare al cugino le necessarie cure mediche e far sì che il trustee utilizzi le somme affidategli da Vincenzo nell'esclusivo interesse di Luigi.

**Annapaola Tonelli** - Avvocato in Bologna e Trieste.  
**Andrea Bulgarelli** - Avvocato in Modena.

**Nota:**

(1) Tribunale di Roma, 26 ottobre 2009, in questa Rivista, 2010, 180.

Il Giudice adito, non potendo intervenire d'ufficio(2) sul trust, provvede all'apertura di un'amministrazione di sostegno in favore di Luigi delegando all'amministratore i poteri gestori del patrimonio, di rappresentanza esclusiva del beneficiario, di controllo e vigilanza sull'operato del trustee ed in merito ad interventi e/o prescrizioni terapeutiche e/o riabilitative, previa autorizzazione, con specifico riguardo ai trasferimenti residenziali ed al consenso informato a trattamenti sanitari.

Implicitamente, il contenuto del decreto rende evidenti alcune carenze proprie dell'atto istitutivo di trust.

È indubbio, infatti, che la mancata previsione di un guardiano del trust da parte di Vincenzo, figura invece certamente opportuna, quanto meno dopo la morte dello stesso, avrebbe evitato alcuni problemi, poi manifestatisi.

La patologia invalidante di Luigi non gli consente di esercitare i diritti che il trust riconosce ai beneficiari, segnatamente il diritto di rendiconto(3) e, per converso, il diritto di contestare fattivamente l'operato del trustee, lascia sostanzialmente Luigi in balia del trustee.

L'errata previsione contenuta nell'atto istitutivo, ai sensi della quale il rendiconto deve essere reso solo a Vincenzo e Luigi e non agli altri beneficiari del residuo(4), i pronipoti dei predetti, impedisce, inoltre, il controllo effettivo sulle scelte e modalità di amministrazione del fondo poste in essere dal trustee(5).

Occorre allora verificare se l'iniziativa giudiziaria di Amalia rappresenti la sola soluzione possibile.

Oltre al ricorso per l'amministrazione di sostegno, si sarebbe infatti potuto intervenire anche sul trust.

In primo luogo Amalia(6) avrebbe potuto chiedere al Tribunale l'accertamento del diritto di informazione in capo ai beneficiari *de residuo*, così da far cessare la situazione di stallo, gravemente lesiva dei loro diritti.

In secondo luogo Amalia avrebbe potuto contestualmente ricorrere al Tribunale per chiedere la nomina di un guardiano del trust(7), la cui necessità avrebbe dovuto manifestare e, se del caso, la revoca del trustee negligente o inerte che ricopriva l'ufficio.

Seguendo questo percorso, Amalia avrebbe allora raggiunto diversi obiettivi:

– il trust avrebbe funzionato diversamente e sarebbe stato assicurato un efficace controllo sull'operato del trustee, grazie alla nomina del guardiano, così da consentire al Giudice Tutelare di assumere decisioni del tutto diverse;

– l'amministratore di sostegno del fratello sarebbe stato agevolato nel suo compito e avrebbe trovato nel trust istituito un meccanismo che lo sgravava da compiti di mera gestione del patrimonio(8).

#### Note:

(2) La Convenzione de L'Aja sulla legge applicabile ai trust e al loro riconoscimento, ratificata dallo Stato italiano con legge 16 ottobre 1989, n. 364, entrata in vigore il 1° gennaio 1992, ammette solo i trust volontariamente istituiti ovvero derivanti da un atto di libera determinazione del disponente, espressione della sua autonomia negoziale. L'art. 21 della Convenzione, che avrebbe reso possibile l'istituzione del trust per ordine del giudice, necessita di un'esplicita adesione da parte di ciascun Paese, ad oggi non espressa dal nostro legislatore. Ciò rende impossibile l'istituzione di trust aventi origine da un ordine dell'autorità giudiziaria, tipologia di trust al contrario ammessa dal diritto dei trust: i cc. dd. *constructive trust*. In tema, si rinvia a M. Lupoi, *Trusts*, II ed., Milano 2001, p. 144 s.

(3) Il diritto di rendiconto del beneficiario del trust, così come il suo diritto di essere messo a conoscenza del trust istituito in suo favore, sono fra i diritti più significativi e importanti dei beneficiari, riconosciuti anche quando il beneficiario sia titolare di una posizione beneficiaria meramente *contingent* sul fondo. In tema, si rinvia a Court of Appeal, 10 settembre 2004, *In the matter of Internine Trust and Intertraders Trust and in the Matter of The Trusts (Jersey) Law, 1984 Articles 47 and 49; and in the Matter of the Representation of Sheik Mohammed Ali M. Alhamrani, Aheikh Siraj Ali M. Alhamrani, Aheikh Khalid Ali M. Alhamrani, Sheikh Abdulaziz Ali M. Alhamrani and Sheik Ahmed Ali M. Alhamrani*, in questa Rivista, 2006, 282. Ulteriore precedente estremamente importante in materia è rappresentato da Privy Council, 28 marzo 2003, *Schmidt v Rosewood Trust Ltd*, ivi, 2003, 586. Questo tema è stato indirettamente trattato anche dalla giurisprudenza italiana che ha dato luogo in questi anni a precedenti di estremo pregio. Ad esempio, il Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007, ivi, 2007, 425 e il Trib. Trieste, 7 aprile 2006, ivi, 2006, 417, hanno chiarito aspetti e esplicitato come debbano essere intesi alcuni diritti dei beneficiari e disponenti fra i quali, indubbiamente, il diritto di informazione. Per il Giudice reggiano, infatti, trattasi di diritto che deve sempre essere riconosciuto ai beneficiari.

(4) Per un'esauritiva panoramica sul diritto dei beneficiari a ricevere informazioni dal trustee, si rinvia a B. Franceschini, *Il punto della giurisprudenza inglese sul dovere del trustee di rivelare informazioni confidenziali ai beneficiari*, in questa Rivista, 2009, 402.

(5) *Supra*, nota 3, sono stati individuati i precedenti giurisprudenziali stranieri in base ai quali è riconosciuto ai beneficiari il diritto di informazione. È evidente che l'altra faccia di questo diritto, o per meglio dire la sua trasposizione pratica, si ha nel parallelo diritto di rendiconto. Senza questa ulteriore previsione, infatti, i beneficiari non potrebbero conoscere in concreto le modalità, e scelte, del trustee in ordine alla gestione del fondo e ciò renderebbe il loro diritto di informazione un diritto "solo sulla carta", di fatto privato di alcuna concreta azione a supporto.

(6) Si riconosce questa legittimazione attiva in capo ad Amalia nel presupposto della minore età dei beneficiari *de residuo*, suoi figli. È ovvio che se costoro fossero già maggiorenni, allora dette azioni avrebbero dovuto essere promosse dai medesimi.

(7) Già in molteplici casi, i Tribunali italiani sono intervenuti in questioni riguardanti la nomina e revoca del trustee o del guardiano. App. Milano, 20 luglio 2004, in questa Rivista, 2005, 87, ha nominato il nuovo trustee, dopo aver revocato quello in carica; sempre il medesimo Trib. Milano, 10 luglio 2007, ivi, 2007, 579, ha rigettato la richiesta di sostituzione del guardiano, promossa da un beneficiario, confermando quello in carica. Sempre Trib. Milano, 17 luglio 2009, ivi, 2009, 649, ha nominato il conciliatore conformemente alle previsioni dell'atto istitutivo.

(8) Trib. Bologna, 11 maggio 2009, in questa Rivista, 2009, 543, ha au-  
(segue)

Si sarebbe, infine, potuto procedere anche alla modifica del trust, apportando quei correttivi che si fossero ritenuti opportuni nell'interesse di tutti i beneficiari.

Principio generale della legge inglese è, infatti, che un trust possa essere sempre modificato dai beneficiari che siano tutti d'accordo e maggiorenni(9).

Se uno fra questi beneficiari è minorenne, o incapace, tale potere viene esercitato, entro certi limiti, dal tribunale che interviene nella scelta di modificare il trust in rappresentazione dei diritti del beneficiario che si trovi in una delle condizioni predette(10).

Va da sé, quindi, che, stanti le condizioni di Luigi, ogni eventuale modifica al trust avrebbe dovuto essere autorizzata, durante l'amministrazione di sostegno, dal Giudice Tutelare, su richiesta dell'amministratore.

Ne consegue che, per il tramite dell'amministratore stesso, i beneficiari avrebbero potuto modificare il trust istituito da Vincenzo, nel rispetto della sua finalità, andando a colmare quelle lacune e incertezze che l'atto istitutivo presentava.

Nella specie ciò non è accaduto e tali lacune si sono riverberate nelle specifiche decisioni che ha assunto il Giudice Tutelare, il quale, come sopra detto, non poteva *sua sponte* intervenire specificatamente sull'atto istitutivo.

Di fatto la soluzione alla quale il Giudice è pervenuto, siccome riguardante il solo decreto di ammissione al beneficio e la pratica gestione del patrimonio, probabilmente complicherà il funzionamento e la futura gestione complessiva della posizione di Luigi.

Non è difficile, infatti, percepire, dalla semplice lettura del decreto, come siano venute in essere due gestioni patrimoniali, quella del trustee e quella dell'amministratore, che dovranno interloquire fra loro e, si spera, comprendersi.

Le diverse soluzioni prospettate avrebbero visto il trust assorbire interamente tutto il patrimonio di Luigi, mentre l'amministratore di sostegno(11) si sarebbe potuto disinteressare della pura gestione patrimoniale per occuparsi, invece, solo della cura della persona di Luigi(12).

## ■ La decisione del Giudice Tutelare

Non si comprende una delle considerazioni espresse nel decreto in commento da parte del Giudice Tutelare.

Il Giudice adito ritiene che l'articolo 15 della

Convenzione de L'Aja sul trust(13) renda applicabile alla fattispecie in esame l'articolo 43 della legge 31

**Note:**  
(continua nota 8)

torizzato l'amministratore di sostegno ad istituire un trust per l'amministrato con i beni provenienti dalla successione ereditaria dei genitori. Il trust istituito ha ricompreso l'intero patrimonio dell'amministrato, lasciando invece all'amministratore i soli poteri inerenti la cura e il monitoraggio della persona, confacenti al ruolo e all'esperienza dell'amministratore che non voleva essere gravato da una complessa gestione patrimoniale. Questo trust, condiviso sia dall'amministratore stesso, sia dal legale dell'amministrato, rappresenta il frutto di un lavoro di squadra che deve sussistere ogni volta in cui si entri in un campo così delicato quale è quello dei trust in favore di disabili. Il trust non deve e non può essere mai percepito da queste persone come una punizione, ma come una straordinaria opportunità che consenta di assicurare il rispetto dei loro desideri e aspettative di vita. In questo specifico trust bolognese, ogni desiderio del beneficiario-amministrato è stato riportato nel trust (ad esempio, quello di avere un'abitazione in campagna dove poter vivere e senza dover più tornare in istituto) unitamente ad una serie di meccanismi tali da assicurare la preservazione del suo patrimonio per tutta la durata della vita. In ogni caso molteplici sono i trust ad oggi ordinati da Giudici Tutelari di diverse parti di Italia, ovvero: Giudice Tutelare, Trib. Perugia, 26 giugno 2001, in questa Rivista, 2002, 52; Giudice Tutelare, Trib. Perugia, 16 aprile 2002, ivi, 2002, 584; Giudice Tutelare, Trib. Bologna, 3 dicembre 2003, ivi, 2004, 254; Giudice Tutelare, Trib. Firenze, 8 aprile 2004, ivi, 2004, 567; Giudice Tutelare, Trib. Firenze, 7 luglio 2004, ivi, 2005, 85; Giudice Tutelare, Trib. Genova, 14 marzo 2006, ivi, 2006, 415; Giudice Tutelare, Trib. Modena, sez. dist. Sassuolo, 11 dicembre 2008, Questioni dir. famiglia, 2009, 54, in questa Rivista, 2009, 177; Giudice Tutelare, Trib. Rimini, 21 aprile 2009, ivi, 2009, 409; Trib. Crotone, 26 maggio 2009, ivi, 2009, 650; Giudice Tutelare, Trib. Genova, 17 giugno 2009, ivi, 2009, 531.

(9) Questo principio discende dall'importante precedente giurisprudenziale inglese *Saunders v Vautier*, in questa Rivista, 2004, 294, che riconosce a tutti i beneficiari maggiorenni di un trust, se titolari di una specifica posizione beneficiaria, di porre termine anticipatamente al trust, se tutti d'accordo fra loro. Si parla quindi di *rule Saunders v Vautier*, argomentando dalla quale è stato parimenti riconosciuto ai beneficiari di trust, sempre aventi quella specifica posizione, e sempre se tutti d'accordo e maggiorenni, il potere di modificare il trust in quanto potere certamente minore rispetto al diritto ben più ampio di decretarne la cessazione anticipata.

(10) Il potere dell'autorità giudiziaria di modifica di un trust, se dopo il precedente c. d. *Chapman v Chapman* ([1959] AC 429) fu fortemente limitato, successivamente con l'avvento del Variation of Trusts Act 1958, promulgato proprio al fine di eliminare le forti restrizioni che tale precedente aveva prodotto, divenne certamente più ampio. Tuttavia tale potere, sia esso esercitato da tutti i beneficiari congiuntamente, sia dall'autorità giudiziaria, in ogni caso incontra sempre il limite rappresentato dal fatto che: "Variation cannot be resettlement", come stabilito dal successivo precedente *Re T's S. T.* [1964] Ch. 158 at 162, *Re Holts Settlement* [1969] 1 Ch. 100 at 117. In questo senso, Hayton & Marshall, *The law of trust and equitable remedies*, Londra, 2005, p. 606.

(11) Sulla sinergia fra amministratore di sostegno e trustee, si rinvia a A. Tonelli, nota a commento del decreto del Giudice Tutelare di Bologna, 23 settembre 2008, Questioni dir. famiglia, 2009, 28.

(12) Come si è verificato nel caso citato *supra*, nota 8, al quale appartiene anche il decreto del Trib. Bologna, 23 settembre 2008 [*supra*, nota 11].

(13) La Convenzione de L'Aja, 13 gennaio 2000 (Convention sur la protection internationale des adultes), non ancora ratificata dall'Italia, sempre in tema di diritto internazionale privato, prevede invece al suo articolo 4 che essa non si applichi al trust, con ciò escludendo ogni ipotesi di conflitto tra norme in materia.

maggio 1995, n. 218, che individua nella legge italiana la normativa regolatrice delle misure di protezione degli incapaci maggiori di età, di nazionalità italiana.

È pacifico che un trust non possa derogare alle norme imperative previste dalle regole di conflitto del foro in tema di “protezione di minori e di incapaci”, ivi comprese quelle del soggetto sottoposto ad amministrazione di sostegno, dato che l’elencazione delle materie di cui all’art. 15 della Convenzione è da ritenersi meramente esemplificativa(14).

Le norme richiamate nel decreto si riferiscono chiaramente ad ipotesi nelle quali quanto previsto dal trust, e dagli istituti che siano concretamente applicabili a tutela del soggetto debole, possano entrare in conflitto(15).

Il trust di specie è, tuttavia, interno, non potendosi certamente qualificare come rapporto di diritto internazionale privato per il solo fatto che sia retto da una legge straniera.

Tale legge non deriva dall’applicazione di alcun criterio di collegamento, come richiesto dalle norme di diritto internazionale privato, ma dalla legittima scelta espressa dal disponente(16) di far regolare il suo trust dalla legge inglese.

Non sembra esservi nessuna possibilità di concorso e/o contrasto tra trust e amministrazione di sostegno che consenta di poter fondare il ragionamento del Giudice Tutelare.

Nel caso in esame non s’intravede alcun possibile conflitto tra norme e, prima ancora, alcuna possibilità di una loro concomitante applicabilità.

Senza individuare lo specifico “conflitto normativo” non pare possibile ricorrere, ritenendo di esservi obbligati in forza di quanto disposto dall’articolo 15 della Convenzione, alle provvidenze previste dall’ordinamento nazionale in tema di misure di protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia, piuttosto che verificare se il trust sia in grado di evitarlo.

Per non parlare del fatto che appare anche difficile configurare un vero e proprio conflitto tra una disciplina dettata, in ipotesi, direttamente dall’interessato e le norme ordinariamente applicabili in assenza di previsioni (negoziali) alternative.

Si vuole dire che quanto previsto in sede di atto istitutivo del trust potrebbe, infatti, essere già sufficiente per disciplinare la situazione eventualmente venutasi nel frattempo a creare, evitando agli interessati il ricorso a diverse forme di tutela e assistenza, scongiurando l’intervento del giudice.

Ciò premesso, è indubbio che il decreto del Tribunale di Roma del 26 ottobre 2009 proprio su tale aspetto offra spunti di riflessione sulle sinergie tra il trust e l’amministrazione di sostegno fino a stimolare un ragionamento volto a verificare se sia addirittura possibile pensare al trust come ad uno strumento realmente alternativo all’amministrazione di sostegno(17).

## ■ Il trust come reale alternativa all’amministrazione di sostegno

Costituisce un sicuro limite dell’amministrazione di sostegno quello di non consentire alla persona pienamente capace, che pensi di non poterlo più essere in futuro, di prevedere espressamente ed autonomamente, ora per allora, in che modo ci si dovrà prendere cura di lei(18) e gli scopi ai quali dovrà essere destinato il proprio patrimonio.

La legge che ha introdotto l’amministrazione di sostegno nel nostro ordinamento non prevede, infatti, alcuno strumento con cui chi si prefiguri la propria futura incapacità possa impartire direttive anticipate con le quali indirizzare l’operato dell’amministratore(19) e le decisioni del giudice.

Si pensi alla possibilità di prevedere e regolare in prima persona, finché si sia capaci, gli ambiti d’intervento di chi gestirà il proprio patrimonio, garantendosi al contempo la massima riservatezza sulle proprie condizioni economiche e di salute(20).

### Note:

(14) Argomentato dall’espressione “in particolare”, utilizzata in detto articolo.

(15) A. Di Sapia, Trust e amministrazione di sostegno (atto primo) – I parte, in questa Rivista, 2009, 364, a p. 368 e nota 15.

(16) Ex art. 6 della Convenzione.

(17) A. Di Sapia, Trust e amministrazione di sostegno (atto primo) – I parte [*supra*, nota 15], a p. 367, scrive: “Il trust a favore di una persona priva di autonomia deve assicurare un sistema di gestione patrimoniale non meno adeguato ed efficiente rispetto a quello legale”.

(18) Pare concordare sul punto M. Monegat, Autonomia negoziale nella famiglia e nuova genitorialità: dalla potestà alla responsabilità, Strumenti di tutela dei soggetti deboli: dai rimedi tradizionali al trust, in Aa. Vv., Il trustee nella gestione dei patrimoni, Torino, 2010.

(19) Non si considerano nemmeno l’interdizione e l’inabilitazione, considerandoli istituti ormai desueti e di fatto assolutamente residuali.

(20) D. Muritano, Trust e soggetti deboli: rapporti con l’amministrazione di sostegno, I, consultabile sul sito Internet di Notaio Ricciardi all’indirizzo <http://www.notaioricciardi.it>.

Proprio in ordine al profilo della riservatezza è indubbio che l'amministrazione di sostegno presenti poi alcune rigidità che non la rendono sempre un istituto particolarmente appetibile.

Uno strumento negoziale autonomo e alternativo, certamente meno invasivo, più duttile e versatile come il trust può garantire uguale se non maggior tutela e sopperire a queste lacune.

È al contempo acquisita la legittimità del ricorso al trust tutte le volte in cui gli strumenti offerti dal nostro ordinamento non riescano a soddisfare pienamente gli interessi che si intendono proteggere<sup>(21)</sup>.

Vale la pena allora di verificare se, ed in quali casi, il trust risulti più premiale dell'eventuale ricorso all'amministrazione di sostegno e se, soprattutto, possa addirittura essere strutturato in modo tale da sostituire integralmente il ricorso a quest'ultimo istituto.

La previsione del complesso regime di pubblicità al quale è sottoposto il decreto di nomina dell'amministratore di sostegno, che non solo deve essere annotato nel registro delle amministrazioni di sostegno<sup>(22)</sup> (art. 405, VII comma cod. civ.) istituito presso l'Ufficio del giudice tutelare (artt. 47 e 49 bis disp. att. cod. civ.) e a margine dell'atto di nascita del beneficiario (art. 405, VIII comma), ma anche ulteriormente iscritto nel casellario giudiziale (artt. 3 e 24 s. D.P.R. 14 novembre 2002, n. 313)<sup>(23)</sup> può senz'altro costituire un serio ostacolo al ricorso all'istituto<sup>(24)</sup> onde ottenere un ausilio per la *cura personae* e *patrimonii*.

Tali diverse formalità, che risentono indubbiamente dell'erroneo intendimento che la sottoposizione all'amministrazione di sostegno comporti sempre uno stato d'incapacità legale<sup>(25)</sup>, finiscono, infatti, quasi certamente per risultare pregiudizievoli per il soggetto anche solo parzialmente capace, rischiando di bollarlo all'interno della società con una qualifica formale (amministrato) indice presuntivo di totale incapacità<sup>(26)</sup>.

#### Note:

(21) Condivisibilmente per A. Di Sapio, *Trust e amministrazione di sostegno* (atto primo) – I parte [*supra*, nota 15], a p. 369, "Non è dunque necessario che il trust delinea un sistema di gestione più adeguato ed efficiente rispetto a quello legale. Neppure è necessario che il trust delinea un sistema di gestione non meno adeguato ed efficiente rispetto a quello legale. È necessario, invece, che il singolo trust di protezione assicuri la cura del beneficiario privo di autonomia attraverso un sistema di gestione patrimoniale, in sé, adeguato ed efficiente del suo interesse".

(22) Decreto del ministero della giustizia, 12 marzo 2004 (G. U., 18 marzo 2004, n. 65). Registro delle amministrazioni di sostegno previsto dall'art. 47 delle disposizioni per l'attuazione del codice civile e disposizioni transitorie, come sostituito dall'art. 14 della legge 9 gennaio 2004, n. 6. Il registro delle amministrazioni di sostegno di cui agli artt. 47 e 49 bis disp. att. cod. civ., seppur consultabile solo previa richiesta motivata al tribunale e susseguente favorevole provvedimento (G. Bonilini – A. Chizzini, *L'amministrazione di sostegno*, Padova, 2004, p. 387), ha una funzione di pubblicità notizia (*contra*: M. C. Andriani, *L'autodeterminazione nella scelta e la pubblicità del provvedimento di istituzione dell'amministratore di sostegno*, in *Aa. Vv. L'amministrazione di sostegno*, a cura di S. Patti, *Quaderni di Famiglia*, n. 4, Milano, 2005, p. 175 che ritiene trattarsi di pubblicità costitutiva predisposta nell'interesse dei terzi a conoscere le condizioni di incapacità dell'amministrato. Si mirerebbe insomma a garantire la certezza dei traffici giuridici consentendo ai terzi un'adeguata conoscenza delle limitazioni all'agire del beneficiario.

(23) Critica questa scelta S. Patti, *Introduzione*, in *Aa. Vv., La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione*, a cura di S. Patti, *Quaderni di Famiglia*, n. 1, Milano, 2002, p. 26 segnalando che in Austria (per la *sachwalterschaft*) una registrazione non è prevista ed in Francia (per la *sauvegarde de justice*) gli interessati possono richiedere informazioni solo attraverso un legale, dando prova di un interesse legittimo. Riporta che in Francia, secondo il dettato dell'art. 10 della L. 3 gennaio 1968, le sole persone che possono ottenere, oltre alle autorità giudiziarie, un estratto del registro sono quelle legittimate a chiedere l'apertura di una *tutelle* e, su richiesta motivata, gli avvocati, notai, uscieri che debbano utilizzarlo per un atto delle loro funzioni segnalando, altresì, che parte della dottrina francese osserva come, non avendo i terzi accesso a questo registro, la *sauvegarde de justice* rivesta un carattere "quasi confidenziale" che può essere un inconveniente in quanto i terzi rischiano di ignorare la diminuzione eventuale della capacità del loro contraente. M. Abbate, *La protezione giuridica degli incapaci maggiorenni in Francia*, in *Gli incapaci maggiorenni. Dall'interdizione all'amministrazione di sostegno*, a cura di P. Napoli, Milano, 2005, p. 139, nota 29. Segnala che in Austria in realtà non è prevista alcuna comunicazione allo Stato civile, ma è, invece, prevista l'annotazione della nomina nei registri immobiliari ed in altri registri pubblici (quale il registro imprese), V. Klement, *Sintesi del sistema austriaco dell'amministrazione di sostegno*, in *Aa. Vv., La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione* [*supra*, in questa nota], p. 83, anche se in detto Stato l'amministrazione di sostegno non è prevista per le persone solo fisicamente menomate. P. Cendon, *La tutela civilistica*, in *Aa. Vv., La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione* [*supra*, in questa nota], p. 29 s., ritiene, invece, che i problemi di pubblicità del provvedimento siano, se non inesistenti, almeno secondari data l'enorme quantità di persone alle quali si applicherà l'istituto: "come può essere stigmatizzante un provvedimento che riguarda così tante persone?".

(24) D. Muritano, *Trust e soggetti deboli: rapporti con l'amministrazione di sostegno* [*supra*, nota 20].

(25) C. M. Bianca, *L'autonomia privata: strumenti di esplicazione e limiti*, in *Aa. Vv., La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione* [*supra*, nota 23], p. 119.

(26) Manifesta perplessità sul sistema di pubblicità descritto C. M. Bianca, *Diritto civile*, II ed., Milano, 2002, p. 266 e Id., *Premessa*, in *Aa. Vv., L'amministrazione di sostegno* [*supra*, nota 22], p. 4. Ciò che tra l'altro apparirebbe in contrasto con l'art. 21, primo comma, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ("Non discriminazione - È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali") consultabile sul sito Internet del Parlamento europeo all'indirizzo [http://www.europarl.eu.int/charter/default\\_it.htm](http://www.europarl.eu.int/charter/default_it.htm) e secondo S. Patti, *Conclusioni e proposte di riforma*, in *Aa. Vv., La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione* [*supra*, nota 23], p. 158 con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo in quanto tutelante la riservatezza delle persone.

Anche per i casi nei quali l'incapacità d'intendere e volere (l'amministrazione di sostegno si estende anche ai casi di mera incapacità fisica) sussista, e sia in ipotesi grave, pregiudicando la quasi totalità della capacità di intendere e volere della persona, è comprensibile che, prefigurandosi una tale ipotesi, permanga un interesse della persona a non rendere pubblico il suo stato.

Le annotazioni a margine dell'atto di nascita, del resto, per la loro laconicità – dovendosi tramite le stesse dar atto solo dell'apertura e della chiusura di un'amministrazione di sostegno senz'alcuna altra specificazione (per conoscere le quali sarà necessario consultare il registro delle amministrazioni presso il Tribunale) – possono allarmare i consociati ingenerando in loro ingiustificati sospetti o timori nei confronti dell'amministrato tali, magari, da dissuaderli addirittura dal compimento di ulteriori approfondimenti e verifiche.

Analoghe considerazioni potrebbero svolgersi per le iscrizioni da effettuarsi nel casellario giudiziale, che sono normalmente omesse solo per quei soggetti che abbiano compiuto gli ottant'anni di età non essendo prevista alcuna ulteriore iscrizione di vicende che li riguardino(27).

Il testo della legge(28) pare del resto particolarmente rigido nel prevedere l'obbligo (il legislatore ricorre, infatti, nella disposizione all'imperativo del verbo dovere) per il giudice di disporre gli adempimenti pubblicitari richiesti ogni qualvolta ritenga di accogliere la domanda di nomina di un amministratore di sostegno per supplire alla limitata capacità d'intendere e volere del beneficiario(29).

È evidente che si debba fare i conti con delicate problematiche di conflitto tra l'interesse dei terzi a poter confidare sulla certezza dei traffici giuridici ed evitare di venire in contatto con soggetti incapaci e il diritto alla riservatezza e pudore del soggetto in difficoltà e dei suoi famigliari (in senso lato).

Nel momento in cui tuttavia – ed ammesso che la persona priva in tutto o in parte di autonomia mantenga una sua residua vita di relazione e un'apparente capacità che la porti ad avere contatti con l'esterno – i suoi beni siano stati conferiti in trust(30), i rischi e le ipotesi di conflitto d'interesse appaiono notevolmente ridotti (anche nel loro contenuto patrimoniale) se non del tutto eliminati.

Sotto questo punto di vista fintanto che la persona interessata sia capace d'intendere e volere il trust

potrebbe senz'altro costituire una più che valida alternativa.

Un trust ben congegnato può fors'anche verosimilmente evitare nella gran parte dei casi il ricorso all'amministrazione di sostegno(31), mantenendo alle vicende dei soggetti coinvolti una maggior riservatezza in ordine alle personali condizioni economiche e di salute dei beneficiari (e dei loro famigliari).

Ricorrere ad un trust potrebbe inoltre contribuire a ridurre significativamente il carico di lavoro dei giudici e quindi i tempi e i costi della giustizia (ex art. 13 della legge 9 gennaio 2004, n. 6 gli atti e i provvedimenti relativi ai procedimenti previsti dal titolo XII del libro primo del codice non sono soggetti all'obbligo di registrazione e sono esenti dal contributo unificato).

## ■ Possibili ambiti operativi di un "trust di sostegno"

Si dirà che l'ambito di applicazione dell'amministrazione di sostegno è maggiore avendo ad oggetto

### Note:

(27) Decreto Legislativo 14 novembre 2002, n. 311, Testo unico delle disposizioni legislative in materia di casellario giudiziale, di anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato e dei relativi carichi pendenti: "Art. 5. Le iscrizioni nel casellario dei carichi pendenti sono eliminate: a) al compimento dell'ottantesimo anno di età [...]".

(28) Art. 405, settimo e ottavo comma, cod. civ.: "Il decreto di apertura dell'amministrazione di sostegno, il decreto di chiusura ed ogni altro provvedimento assunto dal giudice tutelare nel corso dell'amministrazione di sostegno devono essere immediatamente annotati a cura del cancelliere nell'apposito registro", "Il decreto di apertura dell'amministrazione di sostegno e il decreto di chiusura devono essere comunicati, entro dieci giorni, all'ufficiale dello stato civile per le annotazioni in margine all'atto di nascita del beneficiario".

(29) Eccezionalmente il Giudice Tutelare, ove non venga in alcuna misura limitata la capacità d'agire del beneficiario, può disporre che la cancelleria non provveda all'annotazione del decreto nel registro delle amministrazioni di sostegno, né a darne comunicazione all'ufficiale dello Stato civile per le annotazioni a margine dell'atto di nascita, Trib. Modena, 22 luglio 2008, consultabile sul sito Internet di Persona e Danno all'indirizzo <http://www.personaedanno.it/cms/data/articoli/011171.aspx>. Anche laddove non si riscontrino "affidamenti" di terzi tutelabili il Giudice Tutelare può non dar luogo ad alcuna forma di pubblicità al decreto, Trib. Modena, 19 dicembre 2008, consultabile sul sito Internet di Persona e Danno all'indirizzo <http://www.personaedanno.it/cms/data/articoli/012626.aspx>.

(30) Un'alternativa è stata da parte della giurisprudenza ritenuta quella offerta da una procura generale, Trib. Modena, 19 dicembre 2008 [*supra*, nota 29].

(31) Anche per A. Di Sapio, Trust e amministrazione di sostegno (atto primo) – I parte [*supra*, nota 15], a p. 370, un'ampia diffusione dei trust protettivi potrebbe rendere residuali le misure legali di protezione a salvaguardia delle persone prive in tutto o in parte di autonomia.

sia la *cura patrimonii* che, eventualmente(32), la *cura personae*(33).

A ben considerare, tuttavia, anche nel trust è forse possibile estendere l'ambito dei poteri del trustee sia all'amministrazione del suo patrimonio, sia eventualmente alla cura della persona e quindi al soddisfacimento dei suoi bisogni non patrimoniali(34).

Nel trust sottoposto all'esame del Giudice Tutelare di Roma si rinviene la volontà di garantire ai beneficiari, a seguito del verificarsi di situazioni di necessità, anche una loro assistenza morale e materiale(35).

Provvedere ai bisogni non patrimoniali di una persona è compito che, ove si esuli dall'ambito più strettamente familiare dove ha forse ancora senso parlare di assistenza morale in senso stretto(36), può consistere grosso modo nel provvedere (più verosimilmente in via mediata) al suo benessere psicofisico(37) nei limiti che il caso consente.

La cura della persona consiste dunque, in linea di massima, nell'assicurare (anche in via indiretta(38)) al beneficiario un'adeguata sistemazione e relativa assistenza(39), il soddisfacimento dei suoi interessi, bisogni e aspirazioni non soltanto materiali(40), provvedere al suo eventuale ricovero in strutture sanitarie, pagamento delle spese mediche e per l'assistenza sanitaria, manifestare il consenso a trattamenti sanitari, gestire i dati personali e forse anche l'uso dell'immagine o di altri attributi della personalità(41).

Fatto salvo il consenso per i trattamenti medici (su cui *amplius infra*), dei dati personali e per l'uso dell'immagine o di altri attributi della personalità, il rimanente ambito di doveri-poteri rientrante nella c.d. cura della persona potrebbe ridursi ad un ambito molto prossimo a quello patrimoniale, finendo per coincidere col procurare ed assicurare i servizi di cura e assistenza del beneficiario(42), facendo fronte alle relative spese.

Non potrebbe allora lo stesso disponente (pienamente *compos sui*) aggiungere alle disposizioni più strettamente patrimoniali anche un incarico al trustee di provvedere a farsi carico di dette spese, nel caso in cui ne avesse in futuro necessità(43), stipulando i relativi contratti?

Da un punto di vista normativo non pare vi siano ostacoli, trattandosi certamente di atti negoziali.

Si tratterebbe di conferire al trustee un mandato, con o senza rappresentanza, condizionato al futuro stato d'incapacità del disponente-rappresentato.

Una tale condizione sospensiva dovrebbe ritenersi

si pienamente lecita e assolutamente in grado di poter produrre gli effetti voluti.

#### Note:

(32) La cura della persona può mancare ove i problemi che affliggono il beneficiario siano di natura fisica ed egli possa eventualmente provvedere da sé alle necessarie cure ed assistenza.

(33) Ne costituiscono indici normativi gli articoli 404, 405, 408, l'espresso richiamo dell'art. 424, primo comma, all'art. 357 cod. civ. e l'articolo 44 disp. att. cod. civ. Per G. Bonilini – A. Chizzini, L'amministrazione di sostegno [*supra*, nota 22], p. 171, la cura della persona non deve tuttavia ritenersi inscindibilmente connessa all'incarico dell'amministratore. Nei precedenti della giurisprudenza si è fatto sinora coincidere il ruolo di guardiano, il quale oltre ad avere determinati poteri nei confronti del trustee può dedicarsi ai profili attinenti alla "cura" del soggetto debole, con quello di amministratore di sostegno o tutore.

(34) Nel corso della 13<sup>a</sup> legislatura fu presentato il disegno di legge n. 5494 e poi nella 14<sup>a</sup> legislatura il n. 2733, assorbito nel n. 2189, nel quale era previsto l'impiego del trust attuato per scopi di assistenza in favore di soggetti disabili.

(35) Come sopra riportato il trust aveva lo scopo di assicurare a favore del disponente e dei beneficiari: "il mantenimento del più che agiato, solito, loro tenore di vita, a seguito del verificarsi di situazioni di necessità di loro assistenza morale e materiale" e "condizioni agiate pari alle attuali, con l'assistenza di un collaboratore domestico fisso e nella attuale residenza o in residenza equivalente, ed anzi, ancor più agiate, impiegando i frutti, ma, eventualmente, anche il capitale del patrimonio pervenuto al trustee e vincolato in trust".

(36) Anche Trib. Trieste, 23 maggio 2005 (consultabile sul sito Internet di Persona e Danno all'indirizzo <http://www.personaedanno.it> nella sezione "amministratore, poteri e doveri") non è andato oltre un generico invito all'amministratore di sostegno, benché figlio del beneficiario, di visitarlo regolarmente, almeno con frequenza quindicinale.

(37) Così anche G. Pagliani, Doveri dell'amministratore di sostegno, in L'amministrazione di sostegno – Orientamenti giurisprudenziali e nuove applicazioni, a cura di R. Masoni, Santarcangelo di Romagna, 2009, p. 254.

(38) Sulla forte accentuazione – per il diverso contratto di mantenimento – dell'*intuitus personae*, in quanto sostanzianti, oltre che in una serie di obblighi di dare, soprattutto in obblighi di fare, fra i quali, particolarmente fondati sulla fiducia nella persona, appaiono quelli relativi all'assistenza, alla pulizia, alla compagnia, P. Trojani, Contratto di mantenimento e vitalizio alimentare, *Vita not.*, 1992, 1436; per l'individuazione delle prestazioni cui è tenuto l'obbligato nel contratto di mantenimento, P. Peirano, Clausole in tema di contratto di mantenimento, *Notariato*, 1995, 611.

(39) Trib. Genova, 17 giugno 2009 consultabile sul sito Internet di Persona e Danno [*supra*, nota 36].

(40) G. Pagliani, Doveri dell'amministratore di sostegno [*supra*, nota 37], p. 265.

(41) G. Bonilini – A. Chizzini, L'amministrazione di sostegno [*supra*, nota 22], p. 172.

(42) Pare concordare sul punto A. Di Sapia, Trust e amministrazione di sostegno (atto primo) – I parte [*supra*, nota 15], nota 13, a p. 368.

(43) Si ritiene che la *cura personae* non possa, nemmeno dal giudice, essere affidata ad altri fintanto che il soggetto mantenga un margine residuo di capacità: F. Tommaseo, Introduzione al capo I, titolo XII, libro I c.c., in Commentario breve al codice civile, a cura di G. Cian, VIII ed., Padova, 2007, p. 480.

Non vi osterebbe quanto disposto dall'articolo 1722, n. 4, cod. civ. dato che si tratta di norma modificabile pattiziamente(44), che si riferisce oltretutto a casi d'incapacità legale (mentre nella ipotesi di lavoro in esame si vuole addirittura evitare di pervenire a tali pronunce).

La *ratio* sottesa a tale disposizione, peraltro, non appare forse nemmeno configurabile nel caso di specie ove l'interesse del mandante viene ad esistenza proprio in conseguenza della sua sopravvenuta incapacità.

La dottrina non ha dubbi sul fatto che il mandato con rappresentanza "sopravviva" anche a seguito della sopravvenuta mera incapacità naturale del mandante (disponente) ritenendo, infatti, che rimangano efficaci gli atti esecutivi posti in essere in esecuzione dello stesso stante la tendenziale irrilevanza dell'incapacità naturale ai fini del perfezionamento degli atti (cosiddetti) dovuti(45).

Come si desume dall'art. 1389 cod. civ.(46), l'eventuale incapacità naturale, anche successiva all'istituzione del trust e al conferimento dei poteri al trustee, potrebbe, infatti, spiegare effetti invalidanti solo se riguardasse il rappresentante (trustee), non il rappresentato.

Appare dunque certamente possibile che un mandato senza rappresentanza condizionato possa all'uopo consentire al trustee di concludere contratti a favore di terzo che valgano a procurare al beneficiario il mantenimento e l'assistenza materiale, i necessari programmi terapeutici, la relativa assistenza medica e/o infermieristica e/o domiciliare.

Non vi dovrebbero essere al contempo dubbi sul fatto che sia possibile raggiungere direttamente i medesimi risultati anche con un mandato con rappresentanza condizionato.

### ■ Lo scoglio del consenso all'atto medico

In ordine all'eventuale manifestazione di consenso (come di dissenso) all'atto medico permangono, invece, alcuni limiti che non rendono al momento potenzialmente sovrapponibili i risultati ottenibili con il trust e l'amministrazione di sostegno.

Si riconosce, infatti, pacificamente la giuridica vincolatività ed efficacia per l'operatore sanitario di quanto validamente e liberamente espresso da un paziente dotato di autocoscienza, mentre altrettanto non può dirsi laddove il paziente abbia perduto la capacità di discernimento.

A prescindere da un intervento legislativo in materia "fondato su adeguati punti di equilibrio tra i fondamentali beni costituzionali coinvolti"(47), si ravvisa la (residua) utilità esclusiva dello strumento tecnico dell'amministrazione di sostegno in grado di supplire alla mancanza di una disciplina normativa in materia di dichiarazioni anticipate di trattamento sanitario.

Non potrebbero, infatti, nemmeno all'uopo supplire eventuali manifestazioni anticipate di volontà, dato che esse correrebbero il rischio di difettare del requisito dell'attualità e non sarebbero pertanto ritenute vincolanti.

Il Comitato nazionale di bioetica nel suo parere del 18 dicembre 2003, all'ottavo paragrafo tratta proprio della vincolatività delle cc. dd. direttive anticipate di trattamento(48): "Muovendo, come è doveroso fare, dal rispetto del "bene integrale della persona umana" e dall'alleanza terapeutica tra medico e paziente, che ne è il naturale corollario, si può infatti argomentare che quando una persona redige e sottoscrive dichiarazioni anticipate, manifesta chiaramente la volontà che i suoi desideri vengano onorati, ma, al tempo stesso, indicando le situazioni di riferimento, manifesta altrettanto chiaramente la vo-

#### Note:

(44) A. Luminoso, Mandato, commissione spedizione, Trattato di diritto civile e commerciale, a cura di A. Cicu - F. Messineo, Milano, 1984, pp. 441 e 450; A. Luminoso, Il mandato, Trattato di diritto civile, a cura di P. Rescigno, Milano, 2007, vol. XII, 2, p. 526; M. Graziadei, voce "Mandato", Dig. Disc. Priv., sez. civ., Torino, 1994, 184; F. Padovini, Rapporto contrattuale e successione per causa di morte, Milano, 1990, p. 128 s.

(45) A. Luminoso, Il mandato [*supra*, nota 44], p. 527.

(46) Cass., sez. II, 13 gennaio 1984, n. 275, Giust. civ., 1984, I, 2535.

(47) Corte cost., 8 ottobre 2008, n. 334, G. D., 2008, 42, 50; Giust. civ., 2008, 2711.

(48) E così esemplificativamente:

1. Indicazioni sull'assistenza religiosa, sull'intenzione di donare o no gli organi per trapianti, sull'utilizzo del cadavere o parti di esso per scopi di ricerca e/o didattica;
2. Indicazioni circa le modalità di umanizzazione della morte (cure palliative, richiesta di essere curato in casa o in ospedale, ecc.);
3. Indicazioni che riflettono le preferenze del soggetto in relazione al vantaggio delle possibilità diagnostico-terapeutiche che si possono prospettare lungo il decorso della malattia;
4. Indicazioni finalizzate ad implementare le cure palliative;
5. Indicazioni finalizzate a richiedere formalmente la non attivazione di qualsiasi forma di accanimento terapeutico, cioè di trattamenti di sostegno vitale che appaiano sproporzionati o ingiustificati;
6. Indicazioni finalizzate a richiedere il non inizio o la sospensione di trattamenti terapeutici di sostegno vitale, che però non realizzino nella fattispecie indiscutibili ipotesi di accanimento;
7. Indicazioni finalizzate a richiedere la sospensione dell'alimentazione e dell'idratazione artificiale.

lontà di non assegnare ai suoi desideri un valore assolutamente (e cioè deterministicamente e meccanicamente) vincolante. Non a caso l'art. 9 della Convenzione sui diritti umani e la biomedicina adotta le espressioni *souhais* e *wishes*, che corrispondono al concetto di cosa desiderata, non di cosa imposta a terzi. La persona chiede che i suoi desideri siano rispettati, ma chiede che lo siano a condizione che mantengano la loro attualità e cioè solo nel caso che ricorrano le condizioni da lui stesso indicate: si può, infatti, ragionevolmente presumere che nessun paziente intenda incoraggiare attitudini di abbandono terapeutico, privandosi così della possibilità di godere dei benefici dei trattamenti che eventualmente si rendessero disponibili quando egli non fosse più in grado di manifestare la propria volontà. Questo carattere non (assolutamente) vincolante, ma nello stesso tempo non (meramente) orientativo, dei desideri del paziente non costituisce una violazione della sua autonomia, che anzi vi si esprime in tutta la sua pregnanza; e non costituisce neppure (come alcuni temono) una violazione dell'autonomia del medico e del personale sanitario. Si apre qui, infatti, lo spazio per l'esercizio dell'autonoma valutazione del medico, che non deve eseguire meccanicamente i desideri del paziente, ma anzi ha l'obbligo di valutarne l'attualità in relazione alla situazione clinica di questo e agli eventuali sviluppi della tecnologia medica o della ricerca farmacologica che possano essere avvenuti dopo la redazione delle dichiarazioni anticipate o che possa sembrare palese che fossero ignorati dal paziente. Questo è, del resto, il modo più corretto per interpretare il dettato dell'art. 9 della Convenzione sui diritti umani e la biomedicina, come risulta chiaro dal punto 62 del Rapporto esplicativo che qui si trascrive: "Questo articolo afferma che quando le persone hanno previamente espresso i loro desideri, tali desideri dovranno essere tenuti in considerazione. Tuttavia, tenere in considerazione i desideri precedentemente espressi non significa che essi debbano necessariamente essere eseguiti. Per esempio, se i desideri sono stati espressi molto tempo prima dell'intervento e la scienza ha da allora fatto progressi, potrebbero esserci le basi per non tener conto l'opinione del paziente. Il medico dovrebbe quindi, per quanto possibile, essere soddisfatto che i desideri del paziente si applicano alla situazione presente e sono ancora validi, prendendo in considerazione particolarmente il progresso tecnico in medicina".

Né potrebbe essere in grado di superare un tale ostacolo dogmatico-giuridico la nomina di un curatore o fiduciario (che potrebbe essere il trustee) col quale tentare di superare il limite dell'attualità della disposizione di trattamento, a lui delegando ogni scelta in merito.

Questa figura è presente in molti dei modelli di dichiarazioni anticipate che hanno ottenuto riconoscimento legale in diversi Stati esteri sotto forma di direttiva di delega<sup>(49)</sup> ad operare, sempre e solo secondo le legittime intenzioni esplicitate dal paziente nelle sue dichiarazioni anticipate, per farne conoscere e realizzare la volontà e i desideri.

In questo quadro, la figura del fiduciario appare assai vicina al ruolo che spesso già svolgono, o dovrebbero svolgere, in queste situazioni, i famigliari, con la differenza, rispetto a costoro, di possedere – in virtù dell'esplicito mandato contenuto nelle dichiarazioni anticipate – un pieno e compiuto diritto-dovere ad essere punto di riferimento del medico nelle sue pratiche terapeutiche a carico del paziente.

Si dubita, tuttavia, che sia possibile nel nostro ordinamento ricorrere alla figura del fiduciario in assenza di un'espressa norma di legge, considerato che egli sarebbe chiamato ad occuparsi ed incidere sugli interessi personali che attengono allo stato e capacità della persona.

È quindi da escludersi che il fiduciario (e quindi in ipotesi un trustee) possa prendere decisioni che non avrebbero potuto essere legittimamente prese dallo stesso paziente mediante le proprie dichiarazioni anticipate.

È evidente che le valutazioni dell'eventuale fiduciario in merito al trattamento da riservare al paziente divenuto incapace d'intendere e volere acquistino una valenza etica per il fatto stesso che a lui, e a lui soltanto, l'autore delle dichiarazioni anticipate ha affidato questo delicatissimo compito, ma è al contempo da escludere che esse possano acquistare una forza giuridica vincolante in assenza di una previa modifica legislativa che ne costituisca il fondamento.

La valenza etica di queste dichiarazioni dipende oltretutto esclusivamente dal fatto che esse conservino la loro attualità nel processo di autonoma valutazione, operato dal medico, circa la corretta sussisten-

**Nota:**

(49) Durable power of attorney for health care, nello Stato della California; Health care representative, nello Stato dell'Oregon; Patient advocate for health care, nello Stato del Michigan.

za nella fattispecie delle precise condizioni indicate dal paziente.

Col che si torna al punto di partenza.

Se e quando la materia dei trattamenti sanitari e di fine vita sarà oggetto di normazione positiva, il ruolo dell'istituto dell'amministrazione di sostegno in materia avrà modo di ridursi e l'attività di supplenza del "giudiziario" si stempererà lasciando ulteriori spazi all'autonomia delle persone anche in questo ristretto ambito di regolamentazione dei propri interessi non patrimoniali.

Fino ad allora tale esercizio di giurisdizione appare legittimo, oltre che utile, poiché permette di fornire piena protezione ad istanze collettive, emerse con sempre maggiore frequenza e consapevolezza nella società, che spesso richiedono un intervento protettivo, in presenza di una condizione d'incoscienza del paziente, in funzione dell'esplicazione del diritto primario alla propria autodeterminazione nel campo dei trattamenti medico-sanitari(50).

Ciò precisato, residua tuttavia un ipotetico spazio di autonomia alla persona che intenda disporre per il tempo in cui si trovasse ad essere non pienamente *compos sui*.

Al di là, infatti, delle disposizioni di natura più prettamente patrimoniale per le quali un ben congegnato atto istitutivo di trust con una dettagliata indicazione dei poteri del trustee risulterebbe pienamente sufficiente ad assicurare al beneficiario(51) l'effettiva cura della sua persona, oltre che del suo patrimonio, potrebbe inserirsi in esso anche una designazione *ex art.* 408 cod. civ. approfittando dell'intervento notarile volto ad assicurare la forma richiesta per l'atto istitutivo secondo la prassi dei trust interni.

Pur non ritenendo corretto(52) il ricorso alla designazione dell'amministratore da parte di soggetti pienamente capaci al fine di ottenere da subito la nomina di un amministratore di sostegno al fine di attuare la volontà del beneficiario di non essere sottoposto ad alimentazione o idratazione artificiale e/o altri trattamenti sanitari atti a prolungare artificialmente la vita(53) per il momento in cui non saranno più capaci, una tale designazione assicurerebbe al disponente di poter quantomeno indirizzare la scelta del proprio amministratore.

Né si pensi che una tale designazione potrebbe considerarsi limitata alle persone fisiche con esclusione di quelle giuridiche, con pregiudizio, quindi, dei trustee costituiti in forma societaria.

Deve ritenersi, infatti, che il richiamo alle perso-

ne del libro I, titolo II, operato dal quarto comma dell'articolo 408 cod. civ. non vada limitato alle persone giuridiche pubbliche, Province, Comuni, enti previsti dall'art. 11 cod. civ., persone giuridiche private, associazioni anche non riconosciute, fondazioni *ex art.* 12 cod. civ. e comitati.

In virtù del richiamo operato dall'articolo 13 cod. civ. alle società commerciali, enti lucrativi per eccellenza, l'elencazione contenuta nel nostro codice non andrebbe, infatti, riferita ai soli enti non lucrativi.

Si consideri inoltre che, anche a voler ritenere che una finalità lucrativa sia in contrasto con l'espletamento dell'Ufficio di amministratore di sostegno(54), esso di fatto non è già di per sé essenzialmente gratuito, essendo ritenuta ammissibile la richiesta di un compenso proporzionato all'attività svolta ed all'entità del patrimonio del beneficiario.

Ove poi, come nel caso sopra ipotizzato, s'intenda designare una persona giuridica solo per manifestare il c. d. consenso informato, essendosi provveduto al resto mediante l'istituzione di un trust, le ragioni per

#### Note:

(50) Cfr. L'amministrazione di sostegno – Orientamenti giurisprudenziali e nuove applicazioni, a cura di R. Masoni [*supra*, nota 37], p. 598.

(51) V. *supra*, nota 30, in merito alla non necessità di nominare un amministratore di sostegno per la sfera patrimoniale ove sia stata rilasciata in precedenza una procura generale.

(52) Stante l'assoluta univocità e la piena chiarezza della norma, di lineare formulazione, che non consente, alla luce dei suoi aspetti lessicali, grammaticali e sintattici, interpretazioni alternative a quella che circoscrive l'utilizzabilità dell'amministratore di sostegno ai soli casi di persona attualmente inferma. Conformi sul punto, Trib. Firenze, 8 aprile 2009; Trib. Cagliari, 14 dicembre 2009, consultabili sul sito Internet di Filodiritto all'indirizzo <http://www.filodiritto.it>. In dottrina, v. F. Gazzoni, Continua la crociata parametafisica dei giudici-missionari della c. d. "morte dignitosa", consultabile sul sito Internet di Judicium all'indirizzo [http://judicium.it/news/ins\\_28\\_01\\_09/Gazzoni%20nuovi%20saggi.html](http://judicium.it/news/ins_28_01_09/Gazzoni%20nuovi%20saggi.html). *Contra*: Trib. Parma, 2 aprile 2004, Giur. it., 2005, 1839, Giur. merito, 2005, 2087, s. m.; Trib. Roma, 19 marzo 2004, Nuova giur. civ., 2004, 249; Trib. Siena, 18 giugno 2007, consultabile sul sito Internet di Persona e Danno all'indirizzo [http://www.personaedanno.it/amministrazione di sostegno, amministratore, poteri](http://www.personaedanno.it/amministrazione%20di%20sostegno,%20amministratore,%20poteri); Trib. Modena, 5 novembre 2008, Dir. e giustizia, 7 novembre 2008, 289; Trib. Prato, 8 aprile 2009, inedita; Trib. Trieste, 3 luglio 2009, consultabile sul sito Internet di Persona e Danno all'indirizzo <http://www.personaedanno.it/cms/data/articoli/015067.aspx>; Trib. Cagliari, 22 ottobre 2009, consultabile sul sito Internet di Persona e Danno all'indirizzo <http://www.personaedanno.it/cms/data/articoli/016081.aspx?abstract=true>.

(53) Per il T.A.R. Lombardia, Milano, Sezione III, 26 gennaio 2009, n. 214, Foro it., 2009, 4, 3, 238, ciò è possibile quando la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico che lasci supporre la benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno a una percezione del mondo esterno.

(54) L'amministrazione di sostegno – Orientamenti giurisprudenziali e nuove applicazioni, a cura di R. Masoni [*supra*, nota 37], p. 211.

ritenere inammissibile una tale indicazione dovrebbero per ciò stesso ridursi, se non addirittura svanire, in considerazione del limitato ambito d'intervento dell'amministratore, che difficilmente giustificerebbero un compenso.

Si consideri, infine, che nel caso di coincidenza tra la carica di trustee e quella di amministrazione di sostegno (allorquando si sia reso necessario il ricorso all'Ufficio per poter manifestare il consenso ai trattamenti sanitari) la previsione di un compenso per la prima potrebbe far ritenere assorbiti i dubbi sulla legittimità della gratuità della seconda, considerato il suo ruolo "pseudo ancillare" rispetto ai più gravosi compiti delegati con l'atto istitutivo.

Ove si convenga con le considerazioni sin qui svolte, viene da chiedersi quali provvedimenti dovrebbe adottare il giudice tutelare<sup>(55)</sup> al quale venga presentato un ricorso per amministrazione di sostegno a favore di un soggetto che abbia in precedenza istituito (nel pieno delle sue facoltà) un trust che valga ad assicurargli adeguatamente la *cura patrimonii e personae*, di cui egli stesso risulti beneficiario, col quale abbia al contempo designato il trustee quale suo amministratore di sostegno per esprimere ogni dichiarazione in tema di trattamenti sanitari.

Ove le esigenze del beneficiario prescindano nell'attualità dalla necessità di sottoporlo a trattamenti sanitari che richiedano la manifestazione di un consenso informato, il giudice tutelare dovrebbe forse dichiarare il non luogo a provvedere potendo il trust già sufficientemente tutelare le esigenze del beneficiario per il tramite di soggetti da egli stesso nominati e muniti di poteri autodeterminati<sup>(56)</sup>.

Si potrebbe così forse far prevalere la volontà dello stesso beneficiario piuttosto che sovrapporvi un'artificiosa determinazione di compiti e poteri-doveri etero determinati, e quindi in qualche modo imposti, attribuendoli a soggetti oltretutto potenzialmente nemmeno designati (e magari nemmeno conosciuti) dallo stesso beneficiario.

Salva l'eccezionale necessità di concludere un negozio giuridico (non rientrante tra quelli aventi ad oggetto quanto necessario al suo mantenimento o esulante dall'oggetto del mandato conferito *sub conditione* della propria futura incapacità) l'amministrazione di sostegno potrebbe allora essere disposta solo allorquando subentrasse la necessità di esprimere il consenso ad un trattamento sanitario, ma, anche in queste residuali ipotesi, in virtù della previa istituzione del trust, non vi sarebbe ragione alcuna per pro-

vedere agli adempimenti pubblicitari previsti per l'amministrazione di sostegno, considerato l'ambito extra-negoziale dei compiti demandati all'amministratore.

La riservatezza e il potere di autodeterminazione del disponente sarebbero salvi.

E solo con un trust così congegnato potrebbero esserlo.

Note:

(55) O il console: v. Corte cost., 18 febbraio 2010, n. 51, inedita.

(56) Trib. Modena, 19 dicembre 2008 [*supra*, nota 29].

# Prestito di “scopo” e “Quistclose trust”: dall’inadempimento (contrattuale) al “tradimento” (di un dovere fiduciario)

di **Alberto Lupoi**

La sentenza della Corte d’Appello di Bermuda *Kingate Global Fund Ltd v Knightsbridge (USD) Fund Limited, Fortis Bank (Nederland), Standard Chartered Bank, The Bank of Bermuda Limited (HSBC)*, offre l’occasione e lo spunto per una nuova riflessione sul *Quistclose trust* con riferimento ad un caso di adesione, mediante versamento di somme di denaro su un conto corrente “destinato”, ad un fondo di investimento, peraltro successivamente posto in liquidazione.

## ■ I fatti del caso in breve(1)

Due banche, in adesione all’offerta effettuata il 6 ottobre 2008 dal fondo di investimento Kingate Global Funds (il Fondo), trasferiscono sul conto del Fondo (cioè, della società di gestione del Fondo) presso la Bank of Bermuda le somme necessarie per sottoscrivere le quote del medesimo Fondo (circa 9 milioni di dollari)(2). Il Fondo è legato al gruppo di società gestite da Bernard Maddoff e il tracollo finanziario di quest’ultimo coinvolge anche il Fondo, per il quale si attiva una procedura di liquidazione. La procedura per la sottoscrizione delle quote non si perfeziona e le banche chiedono la restituzione delle somme versate per quello scopo, asserendo che non fanno parte del patrimonio del Fondo.

Il liquidatore del Fondo si oppone alla richiesta delle banche. Le banche agiscono in giudizio.

## ■ La trama giuridica

La questione appare piuttosto semplice: le banche trasferirono al Fondo le somme necessarie, in adesione all’offerta privata, per sottoscrivere quote del Fondo medesimo. Avvenuto il fallimento del Fondo, in che modo le banche possono recuperare le somme

trasferite al Fondo? Il pagamento effettuato dalle banche appare gravato da una finalità specifica (*special purpose*), cioè la sottoscrizione delle quote del Fondo.

Una tale finalità è sufficiente per costituire la creazione di uno *special purpose trust* del quale le banche sono anche le beneficiarie? E in questo caso: quali gli effetti rispetto al fallimento del Fondo, possono i beneficiari agire legittimamente per la restituzione delle somme trasferite senza dover concorrere con gli altri creditori sui beni del fallito?

La Corte di Appello di Bermuda, per decidere il caso, si riferisce a due importanti precedenti della *House of Lords: Barclays Bank Ltd v Quistclose Investments* [1970] A.C. 567(3) e *Twinsectra Ltd v Yardley and Others* [2002] 2 A.C. 164. È necessario riportare ed analizzare entrambi i precedenti, prima di tornare al caso in oggetto.

## ■ Il primo caso: *Barclays Bank Ltd v Quistclose Investments* [1970]

La società Rolls Razor delibera di pagare un dividendo ai propri azionisti. La liquidità presente nelle casse sociali diviene, per una serie di ragioni, però insufficiente. L’amministratore delegato, che è anche il socio di controllo della società, si rivolge alla Quistclose Investments, per ottenere un finanzia-

Alberto Lupoi - Professore associato dell’Università di Padova; avvocato in Roma.

Note:

(1) La sentenza può leggersi *infra*, 425.

(2) Si tratta di una offerta privata (*Private Offering*) e non di un appello al pubblico risparmio (come sarebbe chiamato dalla nostra legislazione in materia finanziaria), in altre parole il Fondo opera solo nei confronti di controparti qualificate o clienti professionali, quali le banche.

(3) In questa Rivista, 2006, 626, con commento di E. Berti-Riboli, Il “Quistclose trust” da *Barclays Bank Ltd. v Quistclose Investments Ltd.* ad oggi, *ivi*, 2007, 53.

mento finalizzato al pagamento dei dividendi ai soci (l'ammontare del finanziamento corrisponde esattamente alla cifra necessaria per poter pagare dei dividendi).

Il 14 luglio 1964 Quistclose Investments emette un assegno a favore della Rolls Razor. Il medesimo giorno la Rolls Razor versa l'assegno presso la propria banca, la Barclays, con una lettera di accompagnamento (scritta dalla Rolls Razor d'accordo con la Quistclose) nella quale è scritto: "A conferma di quanto detto per le vie telefoniche, vi prego di aprire il sottoconto Numero 4, rubricato Conto per il pagamento dei dividendi. Allego un assegno di 209.728 sterline che rappresenta l'ammontare di dividendo che dovrà essere pagato entro il 24 luglio 1964. Confermiamo l'accordo preso telefonicamente con voi, secondo il quale questo importo sarà utilizzato solo per pagare i dividendi dovuti entro il 24 luglio 1964."

Il 17 luglio, però, gli amministratori della Rolls Razor deliberano la liquidazione volontaria della società. Essi escludono dalla contabilità finale della società il saldo presente sul conto Numero 4 (destinato al pagamento dei dividendi il 24 luglio). Ma per effetto della procedura di liquidazione, il pagamento dei dividendi non viene effettuato. La Quistclose Investments chiede alla Rolls Razor la restituzione delle somme erogate per il pagamento dei dividendi, ma non riceve risposta. Nel mese di Agosto dello stesso anno la Barclays effettua delle compensazioni rispetto a dei crediti che vanta verso la Rolls Razor, anche il conto Numero 4 rientra fra queste compensazioni.

Le due questioni che si pone la House of Lords, in particolare Lord Wilberforce, sono: primo, la natura del prestito fra la Quistclose e la Rolls Razor era tale da "impress on the sum a trust"? Secondo, la Barclays aveva avuto modo di sapere dell'esistenza del trust?

Alla prima domanda Lord Wilberforce risponde positivamente, in quanto dai documenti acquisiti è chiaro che le parti (il finanziatore Quistclose e il finanziato Rolls Razor) si erano accordate affinché le somme prestate sarebbero state utilizzate solo per il pagamento dei dividendi e per nessuna altra finalità (infatti, i due avevano anche concordato il testo della lettera poi spedita alla Barclays). È bene notare che Lord Wilberforce non è interessato a scoprire se le parti si siano accordate per istituire un trust, ma solo se vi è un accordo sull'impiego della somma, cioè se fosse sufficientemente chiaro che la somma doveva essere impiegata solamente e esclusivamente per

un dato scopo (vedremo poi, quanto chiaro e preciso debba essere lo scopo).

Rolls Razor, debitore nei confronti dei soci per il pagamento dei dividendi, chiede ad un terzo (Quistclose) di prestarle i fondi necessari per il pagamento di quel debito. La finalità, argomenta Lord Wilberforce, impressa sui fondi è tale da generare un rapporto di carattere fiduciario o un trust (*a relationship of a fiduciary character or trust*) in favore dei creditori (cioè, dei soci). Nel caso in cui lo scopo diventasse poi impraticabile, il trust sarebbe *resulting* e quindi in favore di Quistclose.

La Barclays argomenta che si tratta di un prestito (*loan*), entrato a far parte del patrimonio complessivo del debitore (poi fallito) e come tale risponde alla ordinaria *legal action of debt*. Ciò, a dire della Barclays, escluderebbe l'esistenza del trust e dei rimedi di *equity*. In altri termini, la difesa di Barclays esclude la coesistenza di rimedi di *law* e di *equity*.

Lord Wilberforce, viceversa, rappresenta la situazione giuridica nel seguente modo: quando i fondi sono stati dati da un terzo (Quistclose) per uno scopo preciso (pagamento dei dividendi), il terzo finanziatore acquisisce un *equitable right*, affinché lo scopo sia raggiunto e perseguito. Una volta che lo scopo è raggiunto il finanziatore può agire per il pagamento del credito secondo la *law*. Cioè, nel caso in commento Quistclose sarebbe un creditore che concorre con gli altri chirografari nella procedura di fallimento. Se lo scopo non dovesse essere raggiunto, allora, bisogna accertare se le parti si erano accordate (all'interno del rapporto fiduciario o di trust) per la restituzione della somma. In questo caso, il finanziatore agirà tramite rimedi di *equity* per la restituzione della somma (il trust sarà *resulting*). Nel caso in cui non vi sia nessun accordo, espresso o implicito, per la restituzione della somma e questa rientra nel patrimonio del finanziato, allora il finanziatore agirà secondo ordinari rimedi di legge (quindi concorrerà con gli altri creditori).

Sul secondo aspetto, relativo alla conoscenza da parte della Barclays del trust, a Lord Wilberforce è sufficiente la lettera che abbiamo sopra riportato. Da notare, che nel testo della lettera non vi sono né la parola trust, né *fiduciary* o altro equivalente. Il cuore della lettera è l'individuazione dello scopo ed è questo che genera il rapporto fiduciario o di trust fra le parti. Inoltre, nella suddetta lettera non è indicato espressamente che i fondi sono prestati da un terzo, ma la situazione finanziaria della Rolls Razor era tale per cui la Barclays poteva facilmente dedurlo.

La conclusione è che la somma prestata non entra a far parte del fallimento e deve essere restituita alla *Quistclose*. Questo precedente è di tale importanza, che i trust di questo tipo sono comunemente chiamati *Quistclose trust*.

### ■ Il secondo caso: *Twinsectra Ltd v Yardley and Others* [2002]. I fatti

Per la ricostruzione di questo caso, che poggia giuridicamente sul caso precedente, ci affidiamo a Lord Millet. Nel mese di dicembre del 2002 Mr. Yardley (uomo d'affari attivo nel campo immobiliare) si rivolge al proprio avvocato Mr. Leach, affinché questi trovi un finanziamento per acquistare una "property". Nonostante ciò, anche Mr. Yardley in persona si attiva alla ricerca del finanziamento e trova disponibile ad erogare, a breve, la somma di 1 milione di sterline, la società *Twinsectra*, la quale però vuole un garante. Mr. Yardley chiede al suo avvocato Mr. Leach di garantire, ma Mr. Leach rifiuta. Mr. Yardley si rivolge ad un altro avvocato, Mr. Sims, che accetta (in effetti, i due hanno anche reciproci rapporti d'affari e Mr. Sims deve 1 milione di sterline a Mr. Yardley).

Il 24 dicembre ha luogo l'accordo per l'erogazione del prestito fra Mr. Sims e *Twinsectra* (da notare, che Mr. Sims sta agendo su incarico del suo cliente, ma si impegna personalmente, irrevocabilmente e in prima persona in questo accordo). I termini essenziali sono: "a) Il denaro sarà mantenuto presso il nostro conto clienti fino a quando non sarà impiegato per l'acquisto di una "property on behalf of our client" [Mr. Yardley]; b) il denaro sarà utilizzato solamente per "the acquisition of property on behalf of our client and no for other purposes"; c) vi restituiamo la somma di un milione di sterline con gli interessi entro quattro mesi del ricevimento della somma medesima". In fine: "We confirm that this undertaking is given by us in the course of our business as solicitors and in the context of an underlying transaction on behalf of our client [...]".

Il milione di sterline viene in seguito trasferito da *Twinsectra* a Mr. Sims, che lo accredita sul proprio "conto clienti". Bisogna adesso rilevare che Mr. Yardley si era accordato con Mr. Sims, nel senso che il milione di sterline, appena ricevuto, doveva essere trasferito a Mr. Leach, il quale avrebbe provveduto a concludere l'affare immobiliare che interessava Mr. Yardley. Così, appena ricevuta la somma, Mr. Sims trasferisce il milione di sterline sul conto clienti di

Mr. Leach (come detto, anch'egli avvocato di Mr. Yardley).

Nel periodo che segue Mr. Yardley istruisce Mr. Leach circa l'impiego del milione di sterline (580.000 sterline sono impiegate per acquistare un immobile, 20.000 per il compenso professionale di Mr. Leach e circa 350.000 sterline vengono impiegate in vario modo).

Il prestito di un milione di sterline non viene restituito. *Twinsectra* cita tutte le parti in giudizio, compreso Mr. Leach (la domanda verso di lui è per 350.000 sterline, cioè per quella parte del milione non utilizzata per acquistare la *property*) in quanto ha agito (*dishonest assistance*) contrariamente a quanto stabilito nell'accordo fra *Twinsectra* e Mr. Sims [obiezione da giurista italiano: ma che c'entra Mr. Leach, visto che non era parte dell'accordo ed ha agito dietro specifiche istruzioni del cliente, nell'interesse e a beneficio di questi?].

Il giudice di primo grado non ravvisa l'esistenza di alcun trust fra *Twinsectra* e Mr. Sims e non riscontra alcuna responsabilità di Mr. Leach. La Corte di Appello, viceversa, ravvisa un *Quistclose trust* nell'accordo fra *Twinsectra* e Mr. Sims e, di conseguenza (anche se ciò non accade automaticamente) un comportamento *dishonest* di Mr. Leach.

### ■ (Segue) L'aspetto giuridico

È evidente come il fulcro della decisione sia l'individuazione o meno dell'esistenza di un *Quistclose trust* fra *Twinsectra* e Mr. Sims. Questo è anche il presupposto per indagare poi il tipo di responsabilità di Mr. Leach nella catena degli eventi. Infatti, ove venisse dimostrata l'esistenza del trust tutto il caso dovrebbe essere visto nell'ottica dell'*equity*.

Lord Millet sottolinea alcuni aspetti che caratterizzano il funzionamento del *Quistclose trust* (oltre l'aspetto principale dell'esistenza di uno scopo per l'utilizzo della somma).

a) Il ricevente la somma (cioè, il trustee) non deve essere libero di disporre, se non per il raggiungimento dello scopo. In altri termini, la somma non deve entrare nella libera disponibilità di chi la riceve, deve restare "inutilizzata" fino a quando non verrà impiegata per il raggiungimento dello scopo;

b) Una volta che la somma viene trasferita il trasferente acquisisce, secondo l'*equity*, il diritto di vedere la somma impiegata per lo scopo. Ciò impedisce al ricevente la somma di vantare qualsiasi *beneficial*

*interest* su quella somma. Il finanziato è onerato, anche nell'interesse del finanziatore, ad impiegare la somma per lo scopo e solo per lo scopo. Una volta che lo scopo è raggiunto il trust termina la sua funzione. Il trasferente si "trasforma" in normale creditore con a disposizione i rimedi di legge.

c) Se, invece, lo scopo non può per qualsiasi ragione essere raggiunto, allora dipende dall'accordo e dai termini del trust. Come visto in precedenza, due sono le ipotesi: la somma si confonde con il patrimonio del finanziato e il trasferente concorre come un normale creditore. Oppure, il trust diventa un *resulting trust* (e quindi le somme vengono restituite al trasferente).

Mr. Leach si oppone all'esistenza del trust in vari modi. Egli afferma che Twinsectra aveva prestato il denaro a Mr. Sims confidando unicamente sulla garanzia personale da questi rilasciata, certamente non anche su Mr. Leach (che non era obbligato verso Twinsectra). La risposta di Lord Millet è fulminante: il punto non riguarda la garanzia patrimoniale, ma garantire il raggiungimento dello scopo e non la restituzione della somma; se lo scopo è raggiunto il trasferente la somma non ha di norma garanzie reali o personali sulla restituzione della somma.

Comunque, è ormai chiaro che per la House of Lords l'accordo fra Twinsectra e Mr. Sims è tale da configurare un *Quistclose trust*, in quanto è particolarmente preciso e chiaro nella creazione di uno scopo, anche se lo scopo in sé (acquisto di una *property*) è vago. Inoltre, è accertato che Mr. Sims si era obbligato a non utilizzare la somma in altro modo.

È bene rilevare come Lord Millet non è affatto preoccupato circa le obiezioni di Mr. Leach relative alla mancanza di *subjective intention* delle parti nella creazione del trust. Lord Millet: "A settlor must, of course, possess the necessary intention to create a trust, but his subjective intention is irrelevant. If he enters into agreements which have the effect to create a trust, it is not necessary that he should appreciate that they do so; it is sufficient that he intends to enter into them." Le parti, pur non avendo manifestato una espressa volontà di istituire un trust (la parola "trust" o analogo non appare nel testo della lettera-accordo) hanno, però, manifestato la volontà di stipulare quel determinato accordo, nel quale l'impiego della somma è legato ad uno scopo. Le parti, quindi, hanno dato rilievo allo scopo. Che ne siano o meno coscienti, l'*equity* interverrà per proteggere i loro intendimenti attraverso un trust.

Il punto, quasi d'onore, che Lord Millet solleva è: se una persona riceve del denaro a determinate condizioni di impiego (lo scopo) e poi agisce in modo diverso non è inadempiente solo ad una obbligazione contrattuale, ma ad un dovere fiduciario. All'inadempimento si aggiunge il tradimento. Si tratta di una situazione in cui sorge un dovere fiduciario fra le parti e un trust è il mezzo per tutelare e preservare quel legame.

Ma Mr. Leach quale ruolo ha in tutto ciò? A che titolo è chiamato in giudizio? Nel giudizio di primo grado il giudice non aveva riscontrato comportamenti disonesti di Mr. Leach, contrariamente a quanto poi stabilito dalla Corte di Appello. Emblematica la riflessione di Lord Hoffman: "I also agree with Lord Hatton that he judge correctly applied this test and that the Court of Appeal was not entitled, on the basis of the written transcript, to make a finding of dishonesty which the judge who saw and heard Mr. Leach did not."

Comunque, per necessità di sintesi la conclusione della House of Lords sulla posizione di Mr. Leach è la seguente: Mr. Leach era a conoscenza delle obbligazioni che Mr. Sims si era assunto verso Twinsectra, deve quindi rispondere per quella parte del denaro non impiegata direttamente (acquisto dell'immobile) o indirettamente (pagamento dei suoi onorari relativi all'operazione) per il raggiungimento dello scopo. Tralasciamo il dibattito interno ai Lords sulle sfumature del comportamento di Mr. Leach sotto il profilo volitivo.

## ■ Tornando alla sentenza di Bermuda

La Corte di Bermuda, nel solco dei due precedenti sopra citati, deve ora accertare i termini del trasferimento di denaro dalle due banche al Fondo, al fine di confermare o meno la sentenza di primo grado che aveva riscontrato l'esistenza di un *Quistclose trust*. I documenti di supporto sono molti, infatti le banche hanno ricevuto il voluminoso materiale di Offerta e Sottoscrizione delle quote del Fondo. La Corte analizza in dettaglio tutto il materiale e conclude che il trasferimento di denaro era finalizzato alla sottoscrizione delle quote del Fondo e per nessun altro scopo.

Come visto in precedenza, però, l'esistenza dello scopo non è di per sé sufficiente ad identificare un *Quistclose trust*. Occorre accertare che le somme trasferite non fossero nella libera disponibilità del Fondo ricevente. In effetti, il conto della Bank of Ber-

muda dove le somme sono state trasferite non era un conto “segregato”, era intestato alla società gerente il Fondo. Però, era un conto destinato a ricevere solamente i fondi in attesa del loro impiego *solo* per la sottoscrizione delle quote del Fondo. Una seconda funzione del conto era quella di ricevere le somme, questa volta dal medesimo Fondo, destinate alla *redemption*, cioè alla liquidazione di quote già sottoscritte dagli investitori.

Un secondo elemento che la Corte trova interessante è la procedura antiriciclaggio adottata dal Fondo. Infatti, le somme raccolte nel conto presso la Bank of Bermuda dovevano ancora essere oggetto della procedura di antiriciclaggio ad opera del Fondo e quindi, teoricamente, sarebbero dovute essere restituite al mittente nel caso fosse stata accertata una provenienza illecita.

Il liquidatore del Fondo (appellante la sentenza di primo grado) oppone alcuni precedenti che riguardano la sottoscrizione di azioni di società, nei quali le somme versate alla società emittente entrano a far parte del patrimonio di questa e, quindi, nel caso in cui le azioni non vengano poi di fatto emesse, colui che ha versato quelle somme può ricorrere solo ai normali rimedi di legge.

La Corte di Bermuda ritiene che questi precedenti non siano direttamente riferibili al caso in oggetto, cioè non siano attinenti, soprattutto perché la società emittente è libera di utilizzare le somme come crede.

L'appello non viene accolto, è riconosciuta l'esistenza di un *Quistclose trust*, le banche quindi non dovranno concorrere con gli altri creditori nella procedura. Le somme dovranno loro essere restituite, in quanto lo scopo del trust è divenuto impossibile.

## ■ In conclusione

Vi sono alcuni aspetti fondamentali della costruzione del *Quistclose trust* che sono: l'individuazione dello scopo per cui una certa somma deve essere utilizzata e l'indisponibilità da parte di chi quella somma ha ricevuto.

Vi sono poi aspetti “invisibili”: non abbiamo mai riscontrato nei documenti alla base di un *Quistclose trust* la parola trust, patrimonio segregato, trustee, etc. ossia termini “giuridici” caratteristici della presenza del trust.

La volontà specifica delle parti di istituire un trust di questo tipo è irrilevante. Se le parti hanno inte-

so raggiungere un accordo, nel quale si riscontrano gli elementi di cui sopra, allora questo accordo è in realtà anche un trust. L'affidamento che si crea fra le parti coinvolte, a causa della presenza dello scopo, deve essere tutelato. Questa tutela non è lasciata solo all'abilità giuridica delle parti nel preparare un certo documento contrattuale. La tutela è affidata all'*equity*, in quanto la legge può risultare insufficiente. In questo senso, allora, ci si sposta dall'inadempimento (di un obbligo contrattuale) al tradimento (di un dovere fiduciario).

# Il registro francese delle *fiducie*

di Daniela Pappadà

La disciplina del registro francese delle fiducie costituisce lo spunto per osservare i recenti sviluppi, in Italia e a San Marino, in punto di operazioni fiduciarie. Nel nostro ordinamento, il disegno di legge comunitaria 2010 ha previsto l'introduzione del contratto di fiducia nel codice civile; in quello sammarinese, la legge n. 43 del 2010 ha istituito l'affidamento fiduciario.

## ■ Premessa

Nel febbraio 2007(1) la *fiducie* ha fatto ingresso nell'ordinamento francese ma, com'è noto, è stato solo l'epilogo di un *iter* durato circa vent'anni. I progetti di legge che si erano susseguiti erano stati bocciati, il più delle volte, per il timore che essa fosse uno strumento in grado di favorire l'evasione fiscale, il riciclaggio di danaro ed il finanziamento del terrorismo(2).

La medesima preoccupazione era sorta dinanzi al progetto di legge Marini(3), ma questa volta, prendendo misure atte a contrastare i predetti fenomeni ed a creare un sistema di controllo capillare delle operazioni fiduciarie, la proposta non è stata bloccata(4). Proprio tra i correttivi, in sede di commissione legislativa del Senato prima(5) e dell'Assemblea Nazionale poi(6), è da ricondurre l'approvazione dell'art. 2020 code civil contenente la previsione di un registro nazionale delle *fiducie*(7).

## ■ Il registro francese delle *fiducie*

In base al decreto n. 2010-219(8) ed in conformità alle disposizioni francesi sulla *privacy*(9), il registro conterrà i dati dei soggetti (sia persone fisiche che giuridiche coinvolte in un'operazione fiduciaria), della registrazione cui ogni *fiducie* è sottoposta a pena di nullità(10) e di quella, eventuale, effettuata ai fini della pubblicità fondiaria (art. 2).

In attesa delle indicazioni del Ministero del Tesoro, possiamo presumere che a dover alimentare la banca dati saranno gli addetti dell'ufficio delle imposte che ricevono la richiesta di registrazione della *fi-*

*ducie*. Del resto, costoro sono nella condizione di conoscere agevolmente gli elementi che devono essere

Daniela Pappadà - Dottore di ricerca in diritto privato comparato e diritto privato dell'Unione europea, Avvocato.

### Note:

(1) Loi n. 211 del 19 febbraio 2007, in questa Rivista, 2007, 469. V. Ugolini, Il trust e la nuova legge francese sulla fiducie, *Contratto e impresa/Europa*, 2008, 309; F. Barrière, La legge che istituisce la fiducia: tra equilibrio e incoerenza in questa Rivista, 2008, 124; C. A. Maroz (Consiglio nazionale del notariato), Il trust in Francia: prime osservazioni sulla legge francese istitutiva della "fiducia", n. 2007-211 del 19 febbraio 2007, *Studio 1-2008/A*; A. Berlinguer, Trust et fiducie en Italie, *Recueil Dalloz*, 2008, 600; A. Neri, Un'altra tappa nel percorso della fiducie francese: le modifiche introdotte dalla legge 4 agosto 2008, in questa Rivista, 2008, 595; Y. Emerich, Les fondements conceptuels de la fiducie française face au trust de la common law: entre droit des contrats et droits des biens, *Rev. intern. dr. comp.*, 2009, 49; F. Tripet, Some thoughts on French-style trusts, consultabile sul sito internet dell'Associazione "Il trust in Italia", all'indirizzo [www.il-trust-in-italia.it](http://www.il-trust-in-italia.it); Id., La fiducie, mode d'emploi, *dossiers pratiques*, F. Lefebvre, 2007.

(2) A. Gambaro, Il trust in Italia e Francia, in P. Cendon (cur.), *Scritti in onore di Rodolfo Sacco, La comparazione giuridica alle soglie del terzo millennio*, Milano, 1994, 497.

(3) Sénat n. 178, Proposition de loi instituant la fiducie, 8 febbraio 2005 consultabile sul sito internet del Senato all'indirizzo [www.senat.fr](http://www.senat.fr).

(4) Oltre agli obblighi di dichiarazione dell'esistenza del contratto, la legge n. 2007-211 ha introdotto una serie di modifiche al code monétaire et financière al fine di adattare e completare la disciplina vigente sulla lotta contro il riciclaggio di danaro. V. artt. 562-1 e 562-2 code monétaire et financière; Bougarteve-Gaudin, La fiducie à l'épreuve de la lutte contre le blanchiment de capitaux, *Rev. dr. bancaire financier*, 2007, 36.

(5) V. Sénat n. 11, Rapport fait au nom de la commission des lois, 11 ottobre 2006, 30 consultabile sul sito internet del Senato all'indirizzo [www.senat.fr](http://www.senat.fr).

(6) V. Assemblée Nationale n. 3655, Rapport fait au nom de la commission des lois, 1° febbraio 2007, 22 consultabile sul sito internet del Senato all'indirizzo [www.senat.fr](http://www.senat.fr). L'Assemblée Nazionale ha, addirittura, specificato che la *fiducie*, per l'attività che ne è oggetto (il trasferimento della proprietà) fa necessariamente nascere sospetti sulla natura delle operazioni finanziarie che sono sottese all'accordo.

(7) Art. 2020 code civil "Un registre national des fiducies est constitué selon des modalités précisées par décret en Conseil d'Etat".

(8) Décret n. 2010-219 del 2 marzo 2010 in questa Rivista, 2010, 315; JOFR del 4 marzo 2010, 40. In base all'art. 1, il registro mira a "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".

(9) Nel decreto n. 2010-219 è espresso il rinvio alla legge n. 78-17 (JORE, 7 gennaio 1978, 227) al cui art. 2 sono contenute le definizioni di "dato personale", "trattamento di dati personali" e "banca dati delle informazioni a carattere personale".

(10) V. art. 2019 code civil.

conservati nel registro(11). Possono infatti ricavare dall'atto di *fiducie* i dati delle parti atteso che, in esso, la loro identità deve essere indicata a pena di nullità(12); invece hanno già il numero di registrazione poiché essi stessi lo attribuiscono al contratto che il fiduciario, come detto, è tenuto a presentare loro(13). Residua, infine, l'eventuale numero della registrazione ai fini di pubblicità fondiaria che potrà essere richiesto al fiduciario.

Una volta raccolti, questi dati saranno conservati sino a dieci anni dopo l'estinzione del contratto (art. 3) mentre, per un periodo inferiore (tre anni), verranno mantenute le informazioni di coloro che avranno accesso ai dati (art. 6). Spetta ora alla direzione generale delle imposte l'individuazione nominale dei funzionari preposti a questa funzione, mentre è già stabilito dal decreto il luogo (l'ufficio delle imposte dove la *fiducie* è stata registrata) degli accessi (art. 7). Ciò che preme evidenziare, a questo proposito, è che i risultati delle consultazioni non saranno fruibili da chiunque, ma solo dai soggetti tassativamente determinati all'art. 5 ossia *in primis* gli agenti del servizio TRACFIN(14) e poi i giudici, i procuratori della Repubblica, gli agenti di polizia giudiziaria, delle dogane e della riscossione.

La circostanza per cui le autorità amministrative e giudiziarie coinvolte nella lotta al riciclaggio sono le destinatarie esclusive delle informazioni raccolte fa ritenere che il registro risponda allo scopo per il quale è stato ideato. A ben vedere, le potenzialità di questa banca dati sono state già ottimizzate dal legislatore che pare aver visto in essa uno strumento utile anche nella lotta, più ampia, contro l'evasione fiscale. Sembra infatti sorretta da questa finalità la scelta per cui sarà proprio la direzione generale delle imposte a stabilire le modalità di funzionamento del registro. Evidente appare l'intento, al contempo, di potenziare il ruolo che sta assumendo questo ente e di allargare gli obiettivi che possono essere raggiunti grazie alla raccolta di detti dati(15). In quest'ottica è, allora, comprensibile il motivo per cui al registro non possono accedere i terzi(16). A sorreggere la necessità di conoscenza di costoro non ci sono, in fondo, le stesse ragioni che hanno portato alla creazione del registro.

Queste ultime, tuttavia, possono lasciare il sospetto a chi le legge - così come contenute nei rapporti delle commissioni legislative(17) - che verso la *fiducie* si nutra ancora una certa diffidenza o, quanto meno, timore. In diverse circostanze, del resto, il legi-

slatore francese ha confermato di ritenerla un'operazione cui, necessariamente, occorre prestare particolare attenzione; in occasione dell'apertura alle persone fisiche, ad esempio, ha orientato il dato normativo in funzione della protezione del costituente-persona fisica che può incorrere in gravi conseguenze(18) e allo stesso modo, in punto di *fiducie-sûreté*, ha ritenuto di dover disciplinare scrupolosamente gli effetti che possono derivare da un istituto siffatto(19).

#### Note:

(11) In questo senso, si è espressa anche la commissione dell'Assemblea Nazionale la quale ha ritenuto automatico che a riempire il registro siano gli uffici delle imposte che hanno provveduto alla registrazione del contratto. V. *Assemblée Nationale* n. 3655, *Rapport fait au nom de la commission des lois*, 1° febbraio 2007 [*supra*, nota 6], 46.

(12) V. art. 2018 code civil.

(13) V. artt. 223VH e 344M code general des impôts così come creato dal decreto n. 2007-725 del 7 maggio 2007, *JORF* 8 maggio 2007, 16.

(14) *Traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins*. V. décret n. 2006-1541 del 6 dicembre 2006, *JORF* 8 dicembre 2006, 17.

(15) La struttura odierna è l'effetto della fusione tra la direzione generale delle imposte e della contabilità pubblica ed è destinata ad incrementare l'efficienza statale, rafforzando la capacità dell'amministrazione nella lotta contro le frodi, l'evasione e l'elusione fiscale. V. décret n. 2010-219 art. 1, I comma.

(16) Non può interrogare il registro neanche il tutore - soggetto eventuale dell'accordo fiduciario (art. 2017 code civil) - per il quale è stato ritenuto sufficiente l'obbligo di informazione di cui all'art. 2022 code civil. V. *Sénat* n. 11, *Rapport fait au nom de la commission des lois* [*supra*, nota 5], 59 e *Assemblée Nationale* n. 3655, *Rapport fait au nom de la commission des lois* [*supra*, nota 6], 45. Senza nessun'altra maggiore indicazione, le commissioni affermano che i terzi saranno informati dell'esistenza di un trasferimento fiduciario con le misure di pubblicità solitamente applicabili in caso di cambiamento di alcuni elementi trasferiti.

(17) V. *supra*, note 5 e 6.

(18) Le persone fisiche non possono rinunciare alla designazione di un terzo tutore e alcune non possono stipulare il contratto di *fiducie* in assenza di un notaio che "devra veiller à ce que les constituants bénéficiaires des informations nécessaires quant aux conséquences". V. *Leroyer, Fiducie - personnes physiques - avocats*, *Rev. trim. dr. civ.*, 2009, 381 e *Id.*, *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n. 2009-112 du 30 janvier 2009*, 1851 consultabile sul sito internet [www.legifrance.org](http://www.legifrance.org).

(19) Se è alto il livello di attenzione da porre in generale, ancora maggiore è il grado di riflessione richiesto al costituente che trasferisce solitamente al creditore - fiduciario e anche beneficiario - un bene o un diritto a garanzia dell'adempimento del debito. Il Governo è così intervenuto, potremmo dire in via preventiva e successiva, in favore del costituente per evitare che questi si veda privato dei beni posti in *fiducie* se non adempie il debito sotteso all'operazione. Al fine di garantirgli una perfetta conoscenza della portata della sua obbligazione, è stato previsto che delle menzioni obbligatorie supplementari siano inserite nel momento iniziale, vale a dire nel contratto di *fiducie*. Poi, in via successiva, è stato corretto l'effetto dell'eventuale inadempimento escludendo che il beneficiario della *fiducie* (creditore del costituente stesso) possa trattenere

(segue)

Guardando il sistema francese all'esito di questi mutamenti, sembra ormai assodata la volontà di escludere il ricorso a strumenti stranieri come il trust(20) e di dare spazio alle operazioni fiduciarie sia pur con alcuni vincoli cui si aggiunge, da ultimo, il registro nazionale(21). Solo l'applicazione pratica potrà chiarirci come esso sarà percepito dai francesi. Ci sono almeno due fattori che potrebbero, in ipotesi, scoraggiare la realizzazione di una *fiducie*: il tempo - ben dieci anni dalla estinzione di un contratto che può durare fino a 99 anni(22) - per cui i dati saranno conservati e la mancata individuazione delle circostanze che giustificano l'accesso alla banca dati. Le interrogazioni si svolgeranno a campione su tutte le operazioni fiduciarie o solo in presenza di elementi che fanno presumere il perseguimento di scopi illeciti?

### ■ Il contratto di fiducia nello schema di legge comunitaria 2010

Mostra di volersi ispirare alla *fiducie* il nostro legislatore che ha previsto, nel disegno di legge comunitaria 2010(23), l'introduzione nel codice civile del contratto di fiducia(24).

Dopo aver brevemente ricordato il rapporto del nostro ordinamento con il trust, con la Convenzione de L'Aja e l'art. 2645 *ter* cod. civ., richiama l'attenzione proprio sul sistema francese e sulla scelta di non aver ratificato questa Convenzione, ma di aver modificato il *code civil* agli artt. 2011-2030(25). In realtà l'accento pare quasi accidentale visto che l'individuazione del modello francese sembra cedere il passo, un attimo dopo, ad una disciplina tutta italiana di trasferimento fiduciario. Basti pensare alla scelta di inserire la fiducia tra i contratti(26) contrapposta a quella francese di annoverare la *fiducie* tra i modi di acquisto della proprietà; alla posizione del fiduciario che si surroga nel contratto di fiducia mentre diviene proprietario secondo il legislatore francese. Ancora, l'ammissibilità della fiducia con finalità liberali si contrappone alla nullità sancita per una *fiducie* con destinazione analoga(27); la volontà, differente rispetto alla Francia, di realizzare la separazione patrimoniale piena; la possibilità che i beneficiari non sia-

**Note:**  
(continua nota 19)

un bene il cui valore sia superiore al credito garantito senza indennizzare il debitore. V. gli artt. 2372-2 e 2488-2 code civil e l'art. 2372-4 code ci-

vil. F. Barrière, La fiducie-sûreté, in questa Rivista, 2010, 5; Id., La fiducie-sûreté, La semaine juridique - édition entreprise et affaire, 2009, n. 36, 13; M. Quéré, La fiducie sûreté plus attractive? Dewey & Leboeuf, Sur la planète finance, février-mars 2009; P. Dupichot, La fiducie-sûreté en pleine lumière, La semaine juridique, 2009, 14, 23; P. M. Le Corre, La fiducie-sûreté, un instrument de sécurisation de la bonne exécution du plan de sauvegarde ou de redressement, Recueil Dalloz, 2009, 13, 882; A. Cerles, La fiducie, nouvelle reine des sûretés? Rev. dr. bancaire et financier, 2007, 29.

(20) V., sul punto (sul sito internet del Senato all'indirizzo [www.senat.fr](http://www.senat.fr)), l'intervento del Ministro dell'economia (Thierry Breton) nella discussione del 7 febbraio 2007 "La France ne pouvait demeurer en retrait. L'ouverture des frontières et l'internationalisation des échanges rendaient indispensable de créer, dans notre droit, un outil comparable à celui que les entreprises et les investisseurs sont habitués à trouver dans d'autres droits" e la relazione che accompagna la proposta di legge del senatore Philippe Marini del 8 febbraio 2005 "L'ouverture des frontières a donné lieu à certaines délocalisations d'opérations économiques vers des pays plus attrayants d'un point de vue fiscal ou juridique. Au cours de ces dernières années, en effet, on a pu constater que les entreprises françaises, lorsque le besoin s'en faisait sentir, n'hésitaient pas à utiliser le mécanisme du trust, en effectuant, en toute légalité, leurs opérations juridiques dans les États connaissant l'institution. Ces délocalisations ne sont pas souhaitables économiquement, car des richesses quittent la France parfois exclusivement à cause d'une lacune du système juridique".

(21) I contorni della *fiducie*, in seguito all'introduzione di decreto n. 2010-219, si delineano in maniera più netta ma, con molta probabilità, non definitiva. Basti pensare all'ultimo tentativo di perfezionamento volto ad attrarre la finanza islamica in Francia ed alle reazioni suscitate in dottrina anche al di là della pronuncia di incostituzionalità, per ragioni formali, resa dal Conseil Constitutionnel. L'emendamento che era stato, da ultimo, proposto dal senatore Marini era divenuto l'art. 16 della legge n. 2009-1255 del 19 ottobre 2009 in JO n. 243 del 20 ottobre 2009, 17410. V. Bourabiat, Finance islamique en France: éclairage sur les nouvelles opportunités offertes aux investisseurs, Rev. dr. bancaire financier, 2009, 24, J. Charlin, Fiducie, sukuk et autres murabaha ou ijara, La semaine juridique, 2009, 41, 14, J. L. Capdeville, La finance islamique: une finance douteuse?, Rev. dr. bancaire financier, 2009, sept-oct, 19; L. Aynés - P. Crocq, La fiducie préservée des audaces du législateur, Recueil Dalloz, 2009, 2559. V. anche Conseil Constitutionnel, décision n. 2009-589 del 14 ottobre 2009, reperibile su <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision>. 45861.html; Lienhard, Fiducie et finance islamique: censure formelle du Conseil Constitutionnel, Recueil Dalloz, 2009, 2412; Id., Les cahiers du Conseil constitutionnel, cahier n. 28, commentaire de la décision n. 2009-589 DC du 14 octobre 2009, consultabile sul sito internet del Conseil Constitutionnel all'indirizzo [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr).

(22) V. art. 2018 code civil.

(23) Si v. il sito internet <http://www.politichecomunitarie.it/normativa/17102/legge-comunitaria-2010>. A. Busani, Il codice civile si prepara al trust su Il sole 24 ore del 24 febbraio 2010, 35.

(24) In base alla definizione contenuta nello schema di legge comunitaria 2010, la fiducia è il contratto con cui il fiduciante trasferisce diritti, beni o somme di denaro specificamente individuati in forma di patrimonio separato ad un fiduciario che li amministra, secondo uno scopo determinato, anche nell'interesse di uno o più beneficiari determinati o determinabili.

(25) V. p. 10 allegato allo schema di legge comunitaria 2010.

(26) La collocazione all'interno del codice sarà immediatamente successiva alla disciplina del mandato cui la fiducia è assimilata. V. pag. 29 allegato allo schema di legge comunitaria 2010 in cui si legge che "l'art. 10 conferisce delega al Governo per integrare la disciplina del contratto di mandato con la nuova figura del contratto di fiducia".

(27) V. art. 2013 code civil.

no già determinati e l'istituzione della fiducia in via testamentaria(28).

Questi elementi mostrano un legislatore che vuole introdurre uno strumento simile al trust e che, per un momento, ha guardato al primo e più vicino sforzo compiuto da un paese che appartiene alla stessa tradizione di *civil law* ed alla cui struttura è ispirato il nostro codice civile(29). Ha così provato ad immaginare un istituto "equivalente" a quello anglosassone, che ne realizzi a pieno gli effetti(30), ma è giunto ad un contratto; ciò che notoriamente esso non è(31).

Probabilmente, è ancora prematura l'analisi di queste sommarie indicazioni che, in alcuni punti, sembrano tra loro incongruenti(32) e bisogna attendere il testo del Governo sperando che venga affinato quello che, intanto, pare il primo passo concreto che l'Italia compie verso l'adozione di una disciplina normativa organica di un istituto affine al trust(33).

## ■ L'affidamento fiduciario sammarinese

Un'ultima notazione riguarda l'affidamento fiduciario(34), istituto introdotto da ultimo dalla Repubblica di San Marino e cui il nostro legislatore potrebbe ispirarsi nella stesura della disciplina della fiducia.

In tema di accordi fiduciari, questo sembra un interessante tentativo operato da un paese che, al pari dell'Italia, ha aderito e ratificato la Convenzione de L'Aja ma ha disciplinato, a differenza nostra, con una legge del 2005(35) il trust per cui non è necessario che il disponente rinvii ad una legge straniera(36). Più di recente ha adottato, nello stesso giorno, due leggi(37): una che abroga e sostituisce quella disciplinante il trust e una che istituisce l'affidamento fiduciario ossia l'accordo di destinazione di determinati beni(38). Vengono così a coesistere, nell'ordinamento sammarinese, due istituti che possono in ipotesi condurre agli stessi scopi, ma che mostrano una prima ed immediata differenza nel momento costitutivo dato che il primo è un negozio unilaterale mentre il secondo è un contratto(39).

Preso atto di questa novità, è possibile che il nostro legislatore guardi - oltre che alla *fiducie* - anche a questo istituto con il quale sembrano esserci già alcuni punti di contatto, quali la natura negoziale(40), la necessità della surrogazione(41), la forte vicinanza con i contratti a causa gestoria, la possibilità che il negozio persegua finalità di liberalità sia pur entro determinati limiti(42), l'eventualità che i beneficiari siano anche non determinati(43), la costituzione in via testamentaria(44).

### Note:

(28) V. p. 10 allegato allo schema di legge comunitaria 2010.

(29) In Spagna, invece, pare ancora forte l'idea che le peculiarità dell'ordinamento rendano assai ardua l'introduzione di una figura affine al trust. V. M. I. Feliu Rey, *How long for a Spanish Trust law?*, Contratto e impresa/Europa, 2009, 465.

(30) V., tra le linee guida dello schema di disegno di legge comunitaria 2010, la lett. c) dell'art. 10 c. 6 "prevedere, quali effetti del contratto, la separazione patrimoniale, la surrogazione del fiduciario e l'opponibilità ai terzi ed ai creditori mediante idonee formalità pubblicitarie riguardanti i diritti e i beni".

(31) M. Lupoi, *Istituzioni del diritto dei trusts e degli affidamenti fiduciari*, Padova, 2008, p. 5 s.; Id., *I trust nel diritto civile*, in Trattato di Diritto Civile diretto da R. Sacco, I diritti reali, vol. 2, Torino, 2004; P. Matthews, *La collocazione del trust nel sistema legale: contratto o proprietà?* in questa Rivista, 2004, 522, ritiene che il trust non sia un contratto, ma si iscriva nel diritto di proprietà, anche se non nel modo in cui potrebbero intendere i giuristi di *civil law*. Vedi anche L. Salvatore, *Il trend favorevole all'operatività del trust in Italia: esame ragionato di alcuni trusts compatibili in un'ottica notarile*, Contratto e impresa, 2000, 644. *Contra*, G. De Nova, *Trust: negozio istitutivo e negozi dispositivi*, in questa Rivista, 2000, 162, il quale sostiene che il sorgere di obbligazioni in capo al trustee colloca lo schema nell'ambito di un contratto, non a prestazioni corrispettive, ma pur sempre un contratto.

(32) Si pensi, ad esempio, alla previsione che la fiducia si realizzi mediante contratto, ma possa anche derivare da una decisione giudiziaria, da testamento o essere auto dichiarata.

(33) A. Berlinguer, *The Italian Road to Trusts*, European Review of Private Law, 2007, 4, 533.

(34) Legge 1° marzo 2010 n. 43, in questa Rivista, 2010, 304. All'art. 1 l'affidamento fiduciario è definito come "il contratto con il 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".

(35) La Repubblica di San Marino, dopo aver ratificato (2004) la Convenzione de L'Aja, si è subito (l. n. 37 del 2005) dotata di una legge sul trust che ha, da ultimo, sostituito con la n. 42 del 1° marzo 2010 (in questa Rivista, 2010, 290). V. A. Vicari, *Le regulae relative agli obblighi e alle responsabilità del trustee, e il principium dell'affidamento del diritto dei trusts della Repubblica di San Marino: spunti per una nuova teoria della costruzione dei modelli di trust*, D. Zanchi (cur.), *Il trustee nella gestione dei patrimoni*, Torino, 2009, 783; Id., *Repubblica di San Marino, Atti del Terzo Congresso Nazionale dell'Associazione "Il trust in Italia"*, Trusts, Quaderni, 2006, 78; P. Manes - N. Soldati, *I trust interni e la legge della Repubblica di San Marino*, 2007.

(36) V. art. 6 Convenzione de L'Aja "Il trust è regolato dalla legge scelta dal disponente [...]".

(37) Si tratta delle leggi n. 42 e 43 entrambe datate 1° marzo 2010, in questa Rivista, 2010, 290 e 304.

(38) La legge sammarinese parla di "programma destinatorio" (art. 3), così come illustrato dal Prof. Lupoi in *Istituzioni del diritto dei trusts e degli affidamenti fiduciari* [supra, nota 31], p. 226 s.

(39) V. in questo senso anche A. Busani, *San Marino lancia la sfida sui contratti "fiduciari"*, su *Il Sole 24ore* del 2 marzo 2010, p. 35.

(40) Art. 1 legge n. 43 del 2010 [supra, nota 34].

(41) Art. 2 legge n. 43 del 2010 [supra, nota 34].

(42) Art. 11 legge n. 43 del 2010 [supra, nota 34].

(43) Art. 4 legge n. 43 del 2010 [supra, nota 34].

(44) Art. 14 legge n. 43 del 2010 [supra, nota 34].

Può, invece, rappresentare un'occasione di riflessione la scelta del legislatore sammarinese di stabilire che il fiduciario è tenuto a ripristinare il patrimonio affidatogli, oltre a dover risarcire il danno arrecato all'affidante ed ai beneficiari(45). Ed anche, la definizione del patrimonio affidato che – si legge - appartiene temporaneamente all'affidatario con ogni facoltà dominicale(46), la limitazione della responsabilità dell'affidatario al solo patrimonio affidato(47), la possibilità che gli accordi e le dichiarazioni successive al contratto possano essere provate per testimoni(48).

Occorre, in conclusione, attendere per capire se il nostro legislatore sottintenderà alla fiducia una "situazione affidante"(49) o escluderà ogni ricorso all'idea di "poteri od obbligazioni fiduciarie" come è ac-

caduto in Francia dove queste espressioni non appaiono nella legge istitutiva della *fiducie*.

**Note:**

(45) Art. 8 legge n. 43 del 2010 [*supra*, nota 34]. A tal proposito, il Prof. Lupoi ritiene che questa possa essere una ipotesi di risarcimento in forma specifica in Istituzioni del diritto dei trusts e degli affidamenti fiduciari [*supra*, nota 31], p. 292 s.

(46) Art. 3 legge n. 43 del 2010 [*supra*, nota 34].

(47) Art. 9 legge n. 43 del 2010 [*supra*, nota 34].

(48) Art. 17 legge n. 43 del 2010 [*supra*, nota 34].

(49) V. M. Lupoi, Istituzioni del diritto dei trusts e degli affidamenti fiduciari [*supra*, nota 31], p. 202 s. V. anche la lettura che il Prof. Lupoi dà della sentenza 3 aprile 2009, n. 81277 (in questa Rivista, 2010, 94) della Cassazione la quale, indirettamente, pare ammettere la categoria del negozio di affidamento fiduciario (M. Lupoi, La consunzione del negozio fiduciario, in questa Rivista, 2010, 128).

## Le società fiduciarie e lo “scudo ter”

di Federico Rasi

La prassi dell’Agenzia delle Entrate ha valorizzato il ruolo delle società fiduciarie nell’ambito del c.d. “scudo ter”. È stata prevista la possibilità di procedere al rimpatrio giuridico non solo per i beni di natura finanziaria, ma anche per i beni di natura non finanziaria quali *yacht*, opere d’arte, preziosi ed altro. Tale apertura ha posto problematiche di non scarso rilievo nella scelta del modello contrattuale da utilizzare. La scelta di uno piuttosto che di un altro (“fiducia romanistica”, “fiducia germanistica” o mandato senza rappresentanza), infatti, ha effetti differenti quanto alla tassazione dei redditi successivamente prodotti, quanto agli obblighi dichiarativi e quanto a quelli di monitoraggio. In una prospettiva più generale, la prassi dell’Agenzia ripropone l’opportunità di un più ampio ripensamento della disciplina fiscale dell’intermediazione fiduciaria.

La prassi in tema di scudo fiscale ha, poi, lasciato irrisolte alcune questioni particolarmente delicate (in particolare il problema delle comunicazioni all’Anagrafe dei rapporti) sulle quali, invece, ci si sarebbe attesi qualche puntuale chiarimento.

### ■ Considerazioni introduttive

Con l’art. 13-bis, D. L. 1° luglio 2009, n. 78(1) è stato attuato il c.d. “scudo ter”: è stata così nuovamente consentita 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(2).

Come in occasione dei precedenti “scudi”, le società fiduciarie sono state individuate, unitamente a banche italiane, società di intermediazione mobiliare (SIM), società di gestione del risparmio (SGR), agenti di cambio, Poste Italiane S.p.A. e stabili organizzazioni in Italia di banche e di imprese di investimento non residenti, tra i soggetti di cui potersi avvalere per procedere all’emersione delle attività fi-

nanziarie e patrimoniali illecitamente detenute all’estero.

Gli intermediari finanziari in generale, e le società fiduciarie in particolare, sono state quindi chiamate a svolgere un’attività sulla quale è intervenuta l’Amministrazione Finanziaria in numerose occasioni(3) (in particolare, per quanto di interesse delle società fiduciarie, con la circolare 10 ottobre 2009, n. 43/E e con la circolare 19 febbraio 2010, n. 6/E).

Brevemente, si ricorda che gli adempimenti a cui i predetti soggetti dovevano provvedere erano:

a) raccogliere le dichiarazioni riservate presentate dalla clientela e provvedere a controfirmarle, rilasciandone copia agli interessati;

b) assumere formalmente in custodia, deposito, amministrazione o gestione le attività rimpatriate e depositate dal contribuente ovvero esistenti all’estero;

c) versare l’imposta straordinaria dovuta in relazione alle operazioni di rimpatrio e di regolarizzazione, entro il termine previsto per il versamento delle ritenute relative al mese del pagamento dell’imposta da parte del contribuente;

Federico Rasi - Dottore di ricerca in Diritto tributario, Avvocato in Roma.

Note:

(1) Introdotto in sede di conversione 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.

(2) L. Salvini, Lo “scudo fiscale”, Il Fisco, 2001, 13577; A. Giovannini, Scudo fiscale e anonimato, Rass. trib., 2002, 253; F. Pistolesi, L’oggetto ed i limiti dell’anonimato in tema di cosiddetto “scudo fiscale”, Riv. dir. fin. sc. fin., 2002, 611; G. Corasaniti, I soggetti interessati, in Lo scudo fiscale, a cura di Studio Uckmar, Milano, II ed., 2009, p. 11; P. De Capitani di Vimerate, Il rimpatrio, in Lo scudo fiscale [supra, in questa nota], p. 31; A. Uckmar – R. Casadei – C. Buono, La regolarizzazione e il regime dei proventi derivanti dalle attività estere, in Lo scudo fiscale [supra, in questa nota], p. 47.

(3) Sul tema dello “scudo ter” sono state emanate le seguenti circolari: Circolare 10 ottobre 2009, n. 43/E, in questa Rivista, 2010, 104; Risoluzione 8 ottobre 2009, n. 257/E; Circolare 17 novembre 2009, n. 48/E; Circolare 23 novembre 2009, n. 49/E; Circolare 30 novembre 2009, n. 50/E; Circolare 2 dicembre 2009, n. 52/E; Circolare 29 gennaio 2010, n. 3/E; Circolare del Ministero dell’Economia e delle Finanze 10 febbraio 2010, prot. n. 21614; Circolare 19 febbraio 2010, n. 6/E; Circolare 12 marzo 2010, n. 12/E.

d) indicare nella dichiarazione annuale del sostituto d'imposta (modello 770) l'ammontare complessivo dei valori rimpatriati e regolarizzati e quello delle somme versate;

e) effettuare le rilevazioni, ai fini della disciplina sul monitoraggio fiscale, degli importi rimpatriati e regolarizzati ai sensi dell'articolo 1, commi I e II, D. L. 28 giugno 1990, n. 167(4), e, limitatamente alle operazioni di regolarizzazione, comunicare i dati e le notizie relativi alle operazioni stesse ai sensi dell'articolo 1, comma III, del medesimo decreto legge(5);

f) rispettare gli obblighi di identificazione, registrazione e segnalazione previsti dal D. Lgs. 21 novembre 2007, n. 231 in materia di antiriciclaggio.

Si è trattato di un'attività complessa che gli intermediari sono stati chiamati a svolgere non solo nell'interesse del cliente – contribuente, ma anche nell'interesse dell'Amministrazione Finanziaria. In favore del primo hanno svolto un'attività di consulenza ed assistenza nella presentazione della dichiarazione riservata, ma, e soprattutto, sono stati tenuti a garantire la riservatezza nella fase di emersione e successivamente all'emersione. Parimenti gli intermediari finanziari hanno operato nell'interesse dell'Amministrazione Finanziaria in quanto sono stati gli unici soggetti venuti a conoscenza della dichiarazione riservata e la sottoscrizione della medesima dichiarazione da parte loro ha costituito e costituisce prova dell'avvenuto pagamento dell'imposta a carico del contribuente e dell'assunzione dell'obbligo di procedere al versamento dell'imposta.

Gli intermediari sono stati quindi chiamati a svolgere un ruolo estremamente attivo e a rilevanza pubblica: mentre in caso di normative di tipo condonistico si prevede che il contribuente debba procedere ai necessari adempimenti venendo in contatto direttamente con l'Amministrazione Finanziaria, in caso di normative del tipo "scudo fiscale" l'Amministrazione Finanziaria resta estranea al perfezionamento della procedura della quale può venire a conoscenza, solo successivamente ed in via del tutto eventuale, nell'ipotesi in cui proceda ad accertamenti. L'Amministrazione Finanziaria è, quindi, *in toto* sostituita dagli intermediari finanziari. Questi sono stati quindi chiamati ad un viepiù corretto adempimento dei loro obblighi, fermo restando che non è previsto ricada su di loro la colpa di eventuali falsità od inesattezze dei dati comunicati dai contribuenti, salvi i casi di concorso nei reati. Infatti, come precisato dalla circolare n. 43/E del 2009, gli intermediari non erano

tenuti a verificare la congruità delle informazioni contenute nelle dichiarazioni riservate relativamente agli importi delle attività oggetto di rimpatrio, né la sussistenza dei requisiti soggettivi richiesti dalla norma per accedere alle operazioni di emersione delle attività detenute all'estero (tra le quali, la residenza in Italia e la detenzione all'estero delle attività alle date prestabilite), né erano obbligati a verificare i criteri utilizzati dal soggetto interessato per valorizzare le attività nella dichiarazione stessa(6)(7).

#### Note:

(4) Secondo tali disposizioni: "1. Le banche, le società di intermediazione mobiliare e l'Ente poste italiane mantengono evidenza, anche mediante rilevazione elettronica, dei trasferimenti da o verso l'estero di denaro, titoli o certificati in serie o di massa, di importo superiore a 20 milioni, effettuati, anche attraverso movimentazione di conti o mediante assegni postali, bancari e circolari, per conto o a favore di persone fisiche, enti non commerciali e di società semplici e associazioni equiparate ai sensi dell'articolo 5 del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, residenti in Italia. Tali evidenze riguardano le generalità o la denominazione o la ragione sociale, il domicilio, il codice fiscale del soggetto residente in Italia per conto o a favore del quale è effettuato il trasferimento, nonché la data, la causale e l'importo del trasferimento medesimo e gli estremi identificativi degli eventuali conti di destinazione. 2. Analoghe evidenze sono mantenute da società finanziarie, fiduciarie, e da ogni altro intermediario, diverso da quelli indicati al comma 1, che per ragioni professionali effettua il trasferimento o comunque si interpone nella sua esecuzione".

(5) Si prevede con tale comma che i dati raccolti ai sensi dei precedenti siano tenuti a disposizione dell'Amministrazione Finanziaria per cinque anni e trasmessi alla stessa.

(6) Solo nel caso della regolarizzazione era necessario che l'intermediario prestasse attenzione alla documentazione allegata alla dichiarazione riservata e proveniente dagli intermediari esteri.

(7) La circolare n. 49/E del 2009 afferma altresì che "gli intermediari non assumono alcuna responsabilità circa la veridicità" dell'esistenza di cause oggettive non dipendenti dalla volontà del contribuente che impediscono il completamento delle operazioni di emersione entro il termine previsto dalla legge. La circolare n. 43/E del 2009 aveva affermato che "tenuto conto delle concrete difficoltà che possono essere riscontrate nel rimpatrio o nella regolarizzazione di determinate attività finanziarie che comportano la previa effettuazione di complessi adempimenti da parte del contribuente o degli intermediari, si fa presente che qualora alla data del 15 dicembre 2009 le operazioni di emersione non siano ancora concluse per cause oggettive non dipendenti dalla volontà dell'interessato, gli effetti derivanti dalla dichiarazione riservata si producono in ogni caso a condizione che le medesime operazioni siano perfezionate entro una data ragionevolmente ravvicinata al termine previsto dalla norma. In ogni caso l'imposta straordinaria deve essere corrisposta entro e non oltre il 15 dicembre 2009". La successiva circolare n. 43/E del 2009 ha enunciato tali cause facendo rinvio alla casistica a suo tempo individuata dalla circolare n. 24/E del 13 marzo 2002. Secondo quest'ultima sono cause ostative al rimpatrio indipendenti dalla volontà del contribuente "in caso di rimpatrio: – ritardi nel materiale trasferimento delle attività da parte degli intermediari non residenti (ad esempio, ritardi nell'esecuzione dei bonifici transfrontalieri nell'incasso di assegni); – necessità di attendere la scadenza di eventuali operazioni a termine già effettuate dall'interessato con riferimento alle attività destinate al rimpatrio; – necessità di completare le operazioni di liquidazione delle attività ai fini del rimpatrio del relativo controvalore;

(segue)

In questo contesto le società fiduciarie hanno svolto un ruolo ulteriormente delicato in quanto era possibile un loro coinvolgimento maggiore rispetto a quello degli altri intermediari finanziari. Si procederà ora ad analizzare quando tali società intervenute nelle procedure di emersione verificando quando nella circolare n. 43/E del 2009 e nelle successive circolari sono state chiamate in causa dall'Amministrazione Finanziaria, ma anche quando la stessa Amministrazione le avrebbe dovute chiamare in causa.

## ■ L'interposizione di società fiduciarie estere

L'Agenzia nella circolare n. 43/E del 2009 ha precisato che l'intestazione fiduciaria di un bene non è considerata causa ostativa allo "scudo fiscale": "in considerazione della finalità del provvedimento, che è quella di consentire l'emersione di attività comunque riferibili al contribuente detenute al di fuori del territorio dello Stato, essa è ammessa non soltanto nel caso di possesso diretto delle attività da parte del contribuente, ma anche nel caso in cui le predette attività siano intestate a società fiduciarie o siano possedute dal contribuente per il tramite di interposta persona".

Attraverso tale affermazione l'Amministrazione Finanziaria ha consentito di superare lo schermo rappresentato da una società fiduciaria: ai contribuenti che hanno fatto ricorso a tali soggetti è stato correttamente consentito di attribuire rilevanza alla situazione reale e di dichiararsi quali titolari effettivi delle ricchezze detenute all'estero. L'interposizione di una società fiduciaria non ha costituito motivo di preclusione per l'accesso allo "scudo".

Tale condivisibile precisazione richiede una puntualizzazione in quanto potrebbe riaprire la questione circa la natura dell'interposizione fiduciaria. L'Agenzia, nel contesto della circolare n. 43/E del 2009, sembrava infatti accostare l'interposizione di una società fiduciaria a quella fittizia.

L'interposizione di una società fiduciaria nella titolarità di un bene deve, invece, essere ricondotta nella categoria dell'interposizione reale. Nel caso di interposizione fiduciaria, l'interposto acquista (a differenza che nel caso di interposizione fittizia o simulata) la titolarità dei beni pur essendo tenuto, in virtù di un rapporto interno con l'interponente di natura obbligatoria, ad osservare un comportamento convenuto in precedenza con il fiduciante, nonché a ritrasferire i titoli a quest'ultimo ad una scadenza pattui-

ta, ovvero al verificarsi di una situazione che determini il venir meno della "causa *fiduciae*"(8).

Nonostante l'accostamento fatto dall'Agenzia non può che confermarsi la natura reale dell'interposizione delle fiduciarie che crea, in Italia come di solito all'estero, una dissociazione tra proprietà formale e sostanziale per effetto della quale il fiduciante resta l'effettivo proprietario del bene.

Nella circolare qui richiamata dall'accostamento dell'interposizione delle società fiduciarie ai casi di interposizione fittizia non possono trarsi conclusioni circa la natura del ruolo delle società fiduciarie. Tale accostamento è stato dovuto esclusivamente a ragioni di cautela dell'Agenzia: essa doveva tenere conto del fatto che i beni oggetto di emersione si trovavano all'estero e l'intestazione a società fiduciarie poteva essere avvenuta secondo regole differenti da quelle dell'ordinamento italiano.

Per il resto, nel contesto dello scudo, il superamento dell'intestazione fiduciaria non presentava profili particolarmente problematici. Quelli esistenti erano già stati chiariti dall'Agenzia in occasione dei precedenti "scudi". L'Agenzia aveva già affermato che operativamente "l'intermediario che riceve la dichiarazione riservata non ha l'obbligo di verificare la sussistenza dei requisiti soggettivi richiesti dalla norma per accedere alle operazioni di emersione delle atti-

### Note:

(continua nota 7)

– necessità di attendere l'acquisizione della documentazione attestante la titolarità delle partecipazioni non rappresentate da titoli.

In caso di regolarizzazione:

– necessità di attendere l'esatta individuazione della composizione delle attività da regolarizzare da parte dell'intermediario non residente;

– necessità di acquisire la documentazione dell'intermediario non residente attestante l'esistenza delle attività finanziarie da regolarizzare;

– necessità di acquisire la formale redazione delle eventuali perizie di stima al fine di attestare il valore delle attività da regolarizzare diverse da quelle finanziarie (tra i quali, gioielli, oggetti d'arte, immobili)".

Con la successiva circolare 30 novembre 2009, n. 50/E, l'Agenzia, motivando dalla necessità "di non penalizzare i contribuenti che, pur volendo, sono oggettivamente impossibilitati a perfezionare le operazioni di emersione in tempi brevi" ha ritenuto "ragionevole individuare nel 31 dicembre 2010 il termine ultimo entro il quale le suddette operazioni devono essere concluse con l'effettivo rimpatrio e/o regolarizzazione delle attività", fermo restando che gli effetti dello scudo fiscale si producono fin dalla data di pagamento dell'imposta straordinaria da parte del contribuente con riferimento all'importo indicato nella dichiarazione riservata prodotta in via definitiva all'atto della rimozione delle cause ostative. Fanno eccezione le operazioni in cui sono coinvolti operatori della Repubblica di San Marino per il quali è stato individuato nel 30 giugno 2010 il termine ultimo entro il quale concludere le operazioni (così Circolare 2 dicembre 2009, n. 52/E).

(8) Cass., 14 ottobre 1997, n. 10031, Giur. comm., 1998, II, 299; Cass., 27 novembre 1999, n. 13261, Mass. giur. it., 1999, 839; Cass., 16 novembre 2001, n. 14375, Giur. it., 2002, 780.

attività detenute all'estero (tra le quali, la residenza in Italia e la detenzione all'estero delle attività alle date prestabilite), né di verificare i criteri utilizzati dal soggetto interessato per valorizzare le medesime attività nella dichiarazione stessa. Tuttavia, nel caso della regolarizzazione, è necessario che l'intermediario presti attenzione alla documentazione allegata alla dichiarazione riservata e proveniente dagli intermediari esteri. In particolare, è necessario che sia verificato che le attività finanziarie certificate dall'intermediario non residente risultino dalla stessa documentazione riconducibili al soggetto che presenta la dichiarazione riservata ovvero al diverso soggetto per il tramite del quale il contribuente detiene le attività all'estero (interposta persona)". Ha avvallato queste conclusioni l'ABI nella circolare n. 8 del 29 marzo 2002 ribadendo che "la questione dell'interposizione è stata poi considerata dall'Agenzia delle entrate anche con riferimento agli adempimenti richiesti agli intermediari nel caso di regolarizzazione di attività destinate a rimanere all'estero, ai fini della verifica della documentazione allegata alla dichiarazione riservata e proveniente dagli intermediari esteri, dalla quale deve emergere la riconducibilità delle attività regolarizzate al soggetto che presenta la dichiarazione riservata. In particolare, con la citata circolare n. 24/E del 2002, è stato chiarito che, nel caso di interposizione, la detta documentazione deve consentire di riferire le attività finanziarie certificate dall'intermediario non residente al diverso soggetto per il tramite del quale il contribuente detiene le attività all'estero". Nel caso di intestazione fiduciaria di beni il contratto sottoscritto con la società fiduciaria estera era quindi il documento con cui fornire la prova dell'intestazione.

### ■ Il rimpatrio giuridico attraverso società fiduciarie tra fiducia "germanistica" e fiducia "romanistica"

Ciò brevemente premesso, si procede all'analisi, in quanto di maggiore interesse, degli adempimenti a cui l'Agenzia delle Entrate ha chiamato le società fiduciarie nello svolgimento delle operazioni di emersione.

La circolare n. 43/E del 2009 ha confermato la possibilità di procedere al c.d. rimpatrio giuridico. In altri termini è stata confermata la possibilità di non procedere al materiale trasferimento delle attività detenute all'estero nel territorio dello Stato, ma di conservarle all'estero a condizione che il contribuente interessato conferisca ad un intermediario abilitato

l'incarico di custodia, deposito, amministrazione o gestione di tali attività. Il conferimento da parte dell'interessato di un siffatto incarico all'intermediario implica, in forza del mandato professionale, l'obbligo di effettuazione da parte di quest'ultimo di tutti i conseguenti adempimenti sostanziali (tra i quali, l'applicazione delle ritenute e delle imposte sostitutive) e formali (tra cui, le comunicazioni all'Amministrazione Finanziaria dei redditi soggetti a ritenuta a titolo d'acconto) previsti dalle leggi italiane e dai relativi provvedimenti attuativi, indipendentemente dal luogo di effettivo deposito delle attività.

Il "rimpatrio giuridico", già utilizzato nelle precedenti edizioni dello "scudo", in definitiva, consiste nella possibilità di trasferire solo nominalmente in Italia delle attività estere costituendole in un *sub*-deposito all'estero intestato all'intermediario residente. Divenendo l'intermediario residente titolare di queste attività, l'Amministrazione Finanziaria ottiene la garanzia che siano effettuati gli adempimenti fiscali connessi a tali beni.

Nella precedente edizione dello "scudo" questa modalità operativa era possibile solo relativamente ad attività di natura finanziaria. Ora l'Agenzia con la circolare n. 43/E del 2009 e con la circolare n. 6/E del 2010 ha approfondito tale definizione precisando le condizioni alle quali beni non di natura finanziaria possono essere dati in "custodia e deposito e amministrazione o gestione" ad un intermediario finanziario. È in tale contesto che le società fiduciarie sono state chiamate a svolgere un ruolo significativo in quanto l'Agenzia ha individuato nel mandato fiduciario lo schema contrattuale tipico.

L'Agenzia afferma, infatti, che "il rimpatrio [giuridico, n.d.a.] sia realizzabile anche per quelle attività patrimoniali che, per loro natura, sono idonee a formare oggetto di un rapporto di custodia, deposito, amministrazione o gestione con gli intermediari abilitati" e a tale affermazione aggiunge che "non è sufficiente che l'intermediario stipuli con il soggetto interessato un contratto di deposito a custodia di beni infungibili, assoggettato alla stessa disciplina civilistica della custodia in cassette di sicurezza di cui agli articoli 1839 e successivi del codice civile. Tale fattispecie non soddisfa, infatti, l'esigenza di rendere possibile all'intermediario l'effettuazione degli adempimenti fiscali finalizzati al controllo delle operazioni che si realizzano successivamente al rimpatrio. Ai fini che qui interessano, potrebbe invece presentare i requisiti sopra richiesti il contratto di amministrazione di beni

per conto terzi stipulato con società fiduciarie residenti, riconducibile allo schema del mandato fiduciario. In tal caso, il bene deve essere consegnato dal soggetto interessato alla fiduciaria per essere immesso in un deposito appositamente acceso a nome della fiduciaria stessa, anche senza dover procedere al materiale afflusso dei beni nel territorio dello Stato”.

Con tale precisazione, ribadita ed ampliata nella successiva circolare 23 novembre 2009, n. 49/E, ne è conseguito che anche per le attività patrimoniali è stata permessa in alternativa al rimpatrio fisico la procedura di rimpatrio giuridico. Nel caso di attività non finanziarie è stato consentito il rimpatrio purché il bene fosse consegnato ad un intermediario abilitato al fine di immetterlo in un deposito appositamente acceso a nome dell'intermediario abilitato stesso senza la materiale immissione nel territorio dello Stato. Per effettuare tale operazione l'Agenzia ha individuato nelle società fiduciarie i soggetti selettivamente deputati a svolgerla.

Occorre ora procedere all'analisi dei modelli contrattuali a disposizione delle società fiduciarie per compiere tali operazioni e comprenderne le conseguenze. Le società fiduciarie sono autorizzate a procedere alla “amministrazione dei beni per conto di terzi”:

- 1) nelle forme del mandato senza rappresentanza senza intestazione dei beni; o
- 2) nelle forme della c.d. “fiducia romanistica”; o
- 3) nelle forme della c.d. “fiducia germanistica”.

Una società fiduciaria può, infatti, agire ricorrendo ad uno schema contrattuale tipico dell'ordinamento nazionale: quello del mandato senza rappresentanza. Nell'ambito della disciplina dello “scudo fiscale” questo dovrebbe avere ad oggetto l'esercizio dei diritti connessi ad un rapporto giuridicamente rilevante (documento da cui risulti la qualità di socio in una società estera o la proprietà di un bene) depositato presso la società fiduciaria. Alla società fiduciaria viene quindi conferito mandato di amministrare tale rapporto. Si tratta di un'attività affine a quella tradizionalmente esercitata dalle società fiduciarie che differisce da quelle tipiche in quanto le società fiduciarie sono chiamate ad operare quali meri mandatari a prescindere dall'intestazione fiduciaria del bene. In questa ipotesi non si realizza la dissociazione tra proprietà formale e sostanziale tipica dell'intestazione fiduciaria che rende la società fiduciaria titolare apparente del bene. Nel caso in esame il cliente resta titolare del bene, ma consente alla società fiduciaria (mandataria) l'esercizio degli atti (giuridici) inerenti

all'incarico di mandato ad essa affidato avente per oggetto l'amministrazione del rapporto (di partecipazione) o del bene presso di essa depositato. Dal punto di vista fiscale si tratta dell'opzione più lineare. Da essa, infatti, consegue che non si pone un problema di superamento dello schermo fiduciario (che neppure sussiste) in quanto il cliente è e resta proprietario e titolare del bene depositato presso la società fiduciaria. Le conseguenze fiscali del possesso di tale bene si realizzano direttamente in capo al cliente.

La “fiducia romanistica” si realizza, invece, attraverso due negozi collegati tra loro: l'uno di carattere esterno, realmente voluto e con efficacia verso i terzi, e l'altro di carattere interno, pure effettivamente voluto, di tipo obbligatorio, diretto a modificare il risultato finale del primo negozio per cui il fiduciario è tenuto a ritrasferire il bene al fiduciante o a un terzo. Per effetto del primo negozio, il fiduciario consegue l'esercizio di tutti i diritti connessi alla formale qualifica di socio: tali facoltà possono essere però esercitate nei limiti del c.d. “rapporto fiduciario” o “mandato per amministrazione fiduciaria”(9). Si tratta, in particolare, del secondo negozio, che stabilisce a carico della società fiduciaria l'obbligo di esercitare tali diritti in nome proprio, ma nell'interesse del fiduciante, l'obbligo di mantenere segreto il nome del vero proprietario delle azioni e, a favore del fiduciante – proprietario sostanziale dei beni, il diritto alla loro restituzione in qualsiasi momento.

La “fiducia germanistica” consiste nell'attribuzione della mera legittimazione all'esercizio di un diritto che però permane in capo al fiduciante di modo che la società fiduciaria possa agire quale mandatario senza rappresentanza del fiduciante esercitando i diritti connessi al bene fiduciarmente intestato in nome proprio e per conto del fiduciante.

Un'attenta lettura(10) della legge 23 novembre 1939, n. 1966 (di seguito, “legge n. 1966 del 1939”) consente di concludere ritenendo che la legge n. 1966 del 1939 pone sullo stesso piano “fiducia roma-

#### Note:

(9) Per la qualificazione del mandato fiduciario come mandato senza rappresentanza cfr. G. Visentini, L'imposizione dei redditi che derivano dai valori mobiliari trasferiti “in fiducia”, *Giur. comm.*, 1977, 278; per la sua qualificazione come contratto atipico, cfr. F. Di Maio, *Società fiduciarie e contratto fiduciario*, Milano, 1977, *passim*.

(10) Vi procede F. Marchetti, *Luci ed ombre del regime fiscale dell'amministrazione fiduciaria statica*, in G. Alpa - A. Antonucci - G. Conte - M. Pellegrini - M. Sepe - V. Troiano (curr), *Scritti in Onore di Francesco Capriglione*, II, Padova, 2010, p. 1103.

nistica” e “fiducia germanistica”, rappresentando tali due schemi di fiducia solo lo strumento, il mezzo tecnico-materiale, per consentire al fiduciario di svolgere la sua attività di amministrazione secondo le regole del mandato. Nell’ordinamento nazionale la legge n. 1966 del 1939, per la quale è indifferente lo schema utilizzato, deve poi essere incrociata con le leggi di circolazione dei singoli beni e può quindi far utilizzare uno schema piuttosto che un altro. L’intestazione fiduciaria secondo lo schema germanistico è ammessa per i soli beni finanziari.

Così risulta dalla prassi dell’Amministrazione Finanziaria<sup>(11)</sup> che muove dall’art. 1, R. D. L. 29 marzo 1942, n. 239 (di seguito, “R. D. L. n. 239 del 1942”). Detta disposizione stabilisce che “le società fiduciarie che abbiano intestato al proprio nome titoli azionari appartenenti a terzi sono tenute a dichiarare le generalità degli effettivi proprietari dei titoli stessi”: per il suo tramite si esclude che, nel caso di intestazione fiduciaria di azioni, la società fiduciaria possa essere considerata proprietaria dei titoli stessi. Le società fiduciarie sono, secondo tale ricostruzione, da considerarsi soggetti trasparenti, sicché il fiduciante, effettivo proprietario dei beni, non è esonerato dall’applicazione del regime fiscale ordinariamente applicabile alle operazioni effettuate su tali beni, in ossequio alla natura di un sistema tributario ispirato al principio della personalità dell’imposizione.

Non consente un risultato analogo l’intestazione fiduciaria di beni patrimoniali secondo lo schema romanistico in quanto, aderendo all’impostazione sino ad ora maggioritaria, la società fiduciaria diverrebbe effettiva proprietaria dei beni esistenti all’estero e ciò ostacolerebbe la realizzazione dello scudo che presuppone l’identità tra soggetto titolare dei beni da regolarizzare e soggetto che provvede all’emersione<sup>(12)</sup>.

In caso di beni patrimoniali, tra tali modelli, l’Agenzia delle Entrate ha preferito lo schema del mandato senza rappresentanza senza intestazione di beni.

La circolare n. 6/E del 2010 ha da ultimo precisato le condizioni alle quali tale schema contrattuale consente di conseguire risultati simili a quelli del rimpatrio giuridico. In dettaglio è stato richiesto che:

1) il contribuente si rivolga alla società fiduciaria per effettuare l’operazione di rimpatrio conferendo alla stessa mandato, con o senza rappresentanza, a compiere tutti gli atti giuridici di amministrazione dei beni (tra i quali, ad esempio, versamento dell’imposta straordinaria, locazione o alienazione del bene, esercizio dei diritti di voto e altri diritti patrimoniali,

regolamento dei flussi finanziari, ecc.) secondo le specifiche istruzioni impartite dal contribuente;

2) il contratto tra il contribuente possa avere “durata anche illimitata”, ferma restando la reviviscenza degli obblighi di monitoraggio fiscale all’eventuale termine del rapporto;

3) la società fiduciaria, per effetto del mandato, si impegni ad applicare e versare le ritenute alla fonte o le imposte sostitutive previste dall’ordinamento tributario sui redditi derivanti dalle attività oggetto del rapporto e, nelle ipotesi in cui le ritenute siano applicate a titolo d’acconto ovvero non siano previste, ad effettuare le comunicazioni nominative all’Amministrazione Finanziaria nel modello di dichiarazione dei sostituti d’imposta. Qualora la società fiduciaria non sia tenuta all’applicazione di una tassazione a ti-

#### Note:

(11) Così nella circolare 10 maggio 1985, n. 16/9/674, la Direzione generale delle Imposte dirette, Div. IX, ha avuto occasione di precisare che, se azioni o quote appartenenti a persone fisiche sono fiduciarmente intestate ad una società fiduciaria, che provvede alla regolare tenuta delle scritture contabili, con l’osservanza delle relative formalità (vidimazione, ecc.) e comunicazioni imposte dalla legge, i trasferimenti a terzi di tali azioni o quote costituiscono cessioni o conferimenti operati direttamente dal fiduciante stesso, effettivo proprietario dei beni. Si esprime chiaramente in questo senso anche la successiva risoluzione 8 ottobre 1999, n. 153, ove l’Amministrazione è stata chiamata a fornire chiarimenti in ordine al soggetto tenuto alla applicazione della ritenuta di cui all’art. 27, D. P. R. 29 settembre 1973, n. 600, sui dividendi di fonte italiana erogati per il tramite di società fiduciarie. In tale sede, l’Amministrazione Finanziaria ha confermato l’irrelevanza della presenza di una società fiduciaria per porre a carico della società o ente emittente l’obbligo di acquisire, prima di applicare la ritenuta a titolo d’imposta, le attestazioni dalle quali risultino le condizioni fissate (e cioè che la partecipazione non è qualificata e che non è relativa ad una impresa commerciale individuale). La società fiduciaria viene espressamente esclusa dall’obbligo di procedere all’applicazione del regime sostitutivo, bensì le viene addossato l’onere di comunicare, dietro richiesta del fiduciante, i dati necessari per l’applicazione del suddetto regime sostitutivo. L’Agenzia, nella risoluzione 13 marzo 2006, n. 37/E, ha confermato l’applicabilità del regime c.d. Madre – Figlia in presenza di partecipazioni fiduciarmente intestate dal momento che “la presenza di una società fiduciaria non può precludere l’applicazione di un regime di esenzione, quello previsto dall’articolo 27-bis del D.P.R. n. 600 del 1973 è applicabile anche nel caso di partecipazioni intestate a società fiduciarie, purché, ovviamente, ricorrano le condizioni ivi previste”. La stessa Agenzia delle Entrate, nella circolare 22 novembre 2004, n. 49 e nella risoluzione 7 dicembre 2006 n. 136/E, ha ulteriormente precisato la portata del regime di “trasparenza fiduciaria” nei casi di “imputazione per trasparenza di redditi societari”. Anche in tali ipotesi, è stato chiarito che la trasparenza fiduciaria non osta all’applicazione dei regimi “speciali” di trasparenza di cui agli artt. 115 o 116 t.u.i.r. o al regime ordinario di cui all’art. 5 t.u.i.r. Con riferimento alle ipotesi di cui agli artt. 115 e 116 t.u.i.r., la circolare n. 49 del 2004 precisa che l’interposizione di una società fiduciaria, tra la partecipata ed i soci, di per sé non rappresenta causa ostativa (né di decadenza) per l’applicazione del regime di trasparenza di cui agli artt. 115 e 116 t.u.i.r., a condizione che i partecipanti possiedano tutti i requisiti di ammissione al regime di trasparenza applicabile. Viene così confermata l’immediata riferibilità dei diritti derivanti dalla partecipazione alla sfera giuridica dei soci e non della fiduciaria.

(12) Salvi casi quali il trust o le “Controlled foreign companies” tassativamente individuate dal legislatore o dall’Agenzia.

tolo definitivo sui redditi e proventi afferenti al patrimonio rimpatriato, sussiste però l'obbligo da parte del contribuente di dichiarare i redditi imponibili derivanti dalle attività rimpatriate nella dichiarazione annuale dei redditi;

4) il contribuente, per consentire alla fiduciaria l'effettuazione di tali adempimenti, si obblighi a comunicare alla stessa ogni informazione circa i flussi reddituali anche non fiscalmente rilevanti relativi ai beni rimpatriati e si impegni a non compiere atti di gestione o di amministrazione senza preventiva informazione alla società fiduciaria;

5) in caso di rimpatrio eseguito senza il materiale trasferimento del bene nel territorio dello Stato per il tramite di un intermediario italiano che formalmente assume in custodia, deposito, amministrazione o gestione le attività, il contribuente sia esonerato dalla compilazione del modulo RW della dichiarazione annuale dei redditi. In tal caso gli obblighi di monitoraggio non sussistono neanche in capo agli intermediari. Tale esonero permane fintanto che perdura il rapporto di custodia, deposito, amministrazione o gestione con l'intermediario residente. Pertanto, nel caso di chiusura del rapporto ovvero nei casi in cui il bene rimpatriato fuoriesca dal rapporto stesso, l'intermediario è tenuto a comunicare tali eventi all'Amministrazione Finanziaria attraverso la compilazione del modello 770, quadro SO. Conseguentemente, il contribuente è obbligato alla compilazione del modulo RW per tutte le attività (patrimoniali e non) che non risultano affidate in amministrazione all'intermediario finanziario, fermi restando gli effetti dell'operazione di emersione. Quanto sopra specificato è applicabile anche alle attività finanziarie e a tutte le attività patrimoniali comprese le opere d'arte, le imbarcazioni, i gioielli, ecc..

Da tali precisazioni risulta che il contribuente deve far concorrere i redditi per i quali l'ordinamento non prevede l'applicazione di ritenute o meccanismi di tassazione sostitutiva alla determinazione del proprio reddito complessivo e pertanto lo stesso contribuente deve indicarli nella propria dichiarazione dei redditi. Tuttavia tali flussi reddituali devono necessariamente transitare per le società fiduciarie a cui è stato dato l'incarico di deposito, custodia ed amministrazione. Con questa affermazione l'Agenzia ha fortemente ribadito il ruolo delle società fiduciarie anche una volta esaurite le procedure di emersione: si continua a prevedere il loro coinvolgimento quale passaggio necessario per l'adempimento degli obblighi

tributari da parte del contribuente. A questi fini è stato previsto a carico delle società fiduciarie l'obbligo di compilare il quadro SO (comunicazione delle operazioni ai sensi dell'art. 6, II comma, e art. 10, I comma, D. lgs. 21 novembre 1997, n. 461). In tale quadro fino ad ora dovevano essere indicati i dati richiesti per l'effettuazione della comunicazione all'Amministrazione Finanziaria ai sensi dell'art. 10, I comma, D. lgs. 21 novembre 1997, n. 461. Si tratta di comunicazioni che di norma devono essere effettuate dagli intermediari e dagli altri soggetti che intervengono in operazioni che possono generare redditi diversi di natura finanziaria ai sensi dell'art. 81, I comma, lettere da c) a *c-quinquies*), t.u.i.r. Con la circolare n. 6/E del 2010 è stato così ampliato il contenuto di tale quadro.

Infine, quanto agli obblighi di monitoraggio fiscale nulla si modifica nei casi in cui siano oggetto di rimpatrio giuridico beni finanziari o beni patrimoniali. Permane per il contribuente l'esonero dalla compilazione del quadro RW, fino a quando non sia sciolto il rapporto di amministrazione con la società fiduciaria italiana.

Preferendo lo schema del mandato senza rappresentanza l'Amministrazione Finanziaria non ha riconosciuto in caso di intestazione di beni patrimoniali l'operatività del principio della "trasparenza fiduciaria" a fini fiscali. Il ragionamento con cui l'Agenzia ha negato e continua a negare tale conclusione poggia sulla circostanza che nell'ordinamento nazionale vige il principio del numero chiuso dei diritti reali per effetto del quale la nozione di proprietà non tollera limitazioni di modo che, in assenza di una norma espressa, le società fiduciarie devono considerarsi proprietarie formali e sostanziali dei beni loro intestati (salvo essere tenute a rispettare l'obbligo di gestire tali beni secondo le istruzioni del fiduciante e di ritrasferirli secondo le modalità convenute). La norma espressa, necessaria per superare tale situazione, viene rinvenuta solo nel caso di beni di natura finanziaria nel combinato disposto della legge n. 1966 del 1939 e del R. D. L. n. 239 del 1942. Si appalesa sotto tale profilo una prima particolarità nel ragionamento dell'Agenzia: il R. D. L. n. 239 del 1942, afferma la regola della nominatività obbligatoria dei soli titoli azionari, mentre l'Agenzia nella prassi ha esteso agli strumenti finanziari intesi in senso lato l'applicazione della regola della "trasparenza fiduciaria". L'Amministrazione Finanziaria ha quindi dimostrato di essere disposta ad adottare un approccio estensivo superando le ristrettezze del testo legislativo.

In definitiva l'Agenzia ha riconosciuto che le società operano secondo lo schema germanistico in caso di intestazione di beni di natura finanziaria, mentre non si è espressa in caso di intestazione di beni non finanziari sul presupposto che l'ordinamento nazionale, per tale seconda tipologia di beni, consenta il ricorso solo allo schema romanistico. Ad oggi, la conclusione cui comunemente si perviene è che l'intestazione di questi ultimi beni alle società fiduciarie presuppone il trasferimento a queste della piena proprietà secondo le diverse leggi di circolazione, mentre per effetto del R. D. L. n. 239 del 1942, nel caso di titoli di credito ed altri strumenti finanziari viene trasferita alle società fiduciarie la mera legittimazione all'amministrazione. È l'accoglimento di tale impostazione che preclude in sede di "scudo" fiscale il ricorso allo schema romanistico.

Si può ora verificare se tali conclusioni possano essere rimate.

### ■ La possibilità di un ripensamento delle posizioni tradizionali dell'Agenzia delle Entrate

Non pare contrario ai principî dell'ordinamento ampliare il campo di applicazione della "trasparenza fiduciaria" per arrivare ad utilizzare lo schema germanistico anche per beni diversi dalle attività finanziarie(13). Il problema che si pone è quello di verificare se anche in caso di intestazione fiduciaria di beni con attribuzione alla società fiduciaria di un mandato con rappresentanza possa operare la trasparenza fiduciaria.

Non si vedono ragioni per non fornire una risposta affermativa a tale questione tanto più che dal punto di vista economico l'intestazione alla società fiduciaria di beni di natura finanziaria e di beni patrimoniali, è del tutto analoga. Dal punto di vista fiscale, si perviene alla risposta affermativa sol ponendo mente alla nozione di "possesso di reddito".

Come noto, tale espressione ha causato rilevanti incertezze interpretative che soltanto con il corso del tempo, grazie alle elaborazioni della dottrina(14), sono state superate. Sono emersi diversi filoni interpretativi (il possesso *ex art.* 1140 cod. civ. o il possesso inteso come materiale disponibilità (o fruibilità) del reddito) presto abbandonati in favore di una ricostruzione costituzionalmente orientata della nozione di possesso di reddito in forza della quale il possesso del reddito non può identificarsi in mere situazioni di fatto, bensì deve rinvenirsi nella titolarità di situazio-

ni giuridiche soggettive dalle quali scaturisce il reddito ovvero da tutte quelle situazioni individuate dalle norme che regolano l'attribuzione dei redditi. Quale che sia la situazione giuridica nella quale si identifica la titolarità della fonte, questa rileva in quanto determina la giuridica riferibilità ad un soggetto dei risultati dell'attività, dei frutti del cespite, dei beni e delle somme di danaro comunque prodotti dalla fonte stessa. È stato pertanto ritenuto che il possesso di reddito non si rinvenga nella disponibilità materiale dello stesso, bensì nella disponibilità giuridica dello stesso che consegue dalla titolarità della fonte produttiva. Titolare della capacità contributiva è il soggetto in grado "con una propria manifestazione di volontà" di "incidere positivamente sulle caratteristiche del reddito stesso" contribuendone all'esistenza materiale o giuridica. Così ragionando, il possesso dei redditi viene fatto coincidere con il possesso della fonte di reddito sicché il termine possesso viene ad assumere un significato diverso a seconda del tipo di reddito e del tipo di fonte(15). In definitiva, il possesso implica una relazione del soggetto con la fonte produttiva del reddito che si qualifica diversamente a seconda del reddito e che deve essere sempre diretta ed immediata senza interposizione di altri soggetti. Ove vi siano altri soggetti, si spezza il particolare legame tra soggetto e fonte e il soggetto non è più possessore (in senso fiscale) del reddito anche se materialmente ne può godere e disporre. Titolare dei redditi è colui che ha la libera disponibilità della fonte intesa quale capacità da parte solo di tale soggetto di acquisire il reddito nella propria sfera patrimoniale. La locuzione possesso di redditi viene così interpretata attribuendo al possesso un significato

#### Note:

(13) F. Marchetti, Mandato e intestazione fiduciaria in materia immobiliare, in questa Rivista, 2010, 252.

(14) Cfr. F. Moschetti, Il principio della capacità contributiva, Padova, 1973, *passim*; Id., Profili generali, in La capacità contributiva, a cura di F. Moschetti, Padova, 1993, *passim*; R. Schiavolin, Il collegamento soggettivo, in Amatucci (cur.), Trattato di diritto tributario, Padova, 1993, p. 94; M. Miccinesi, L'imposizione sui redditi nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali, Milano, 1999, p. 93; F. Paparella, L'imposta sul reddito delle persone fisiche, in A. Fantozzi, Corso di diritto tributario, Torino, 2004, p. 785; L. Tosi, La nozione di reddito - Il possesso di reddito, in AA.VV., Giurisprudenza sistematica di diritto tributario, Torino, 1996, p. 47; M. Miccinesi, L'imposizione sui redditi nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali, *supra* in questa nota, p. 94.

(15) Per i redditi fondiari e quelli di capitale, il possesso riguarda, in senso civilistico, gli immobili e il capitale investito; nei redditi da lavoro si riferisce alle energie e capacità produttive; nei redditi d'impresa coincide con lo *status* di imprenditore.

coerente con le norme tributarie e soprattutto con l'art. 53 Cost. Sussiste "possesso di reddito" allorché il contribuente vanta una relazione diretta ed immediata con la causa produttiva che gli garantisce la disponibilità libera ed effettiva del reddito. Il possesso assume così un significato coerente solo riferendolo alla fonte reddituale ed esprime "il complesso delle relazioni giuridicamente qualificate vantate dal soggetto passivo nei confronti della fonte medesima desumibili dalle norme relative alle categorie di reddito".

Applicando tali conclusioni al caso che ci occupa, si può concludere ritenendo che l'affidamento di beni patrimoniali ad una società fiduciaria non comporti la volontà di trasferirli, ma semplicemente di affidarglieli in custodia, deposito e amministrazione. La società fiduciaria non può, infatti, usare di tali beni *uti dominus*. Ne consegue che dal punto di vista tributario si possono rinvenire argomenti per non considerare tale società possessore del reddito. Questo potrebbe essere lo spunto per dare avvio ad una rimediazione del problema tenendo conto che l'ordinamento tributario, seppur lentamente, si sta muovendo nel senso di dare sempre maggiore riguardo alla sostanza giuridica delle fattispecie economiche piuttosto che alla forma apparente delle stesse<sup>(16)</sup>. In questa prospettiva la sostanza economica dell'intestazione fiduciaria di beni consentirebbe, anzi imporrebbe, di imputare il reddito al fiduciante in quanto questi è l'unico soggetto titolare del bene; la società fiduciaria non può infatti liberamente disporre del bene, mentre lo può fare il fiduciante seppur impartendo i relativi ordini alla fiduciaria.

Non ci si esime dall'osservare come questa differente impostazione, cui si potrebbe arrivare in via interpretativa, sarebbe meglio che fosse il frutto di un ripensamento legislativo<sup>(17)</sup>, particolarmente necessario ove oggetto di intestazione siano beni mobili registrati o beni immobili in quanto la trascrizione, pur non avendo efficacia costitutiva, svolge nell'ordinamento nazionale una funzione di pubblicità nei confronti dei terzi che in caso di intestazione fiduciaria meriterebbe di essere puntualizzata. Con le affermazioni contenute nella circolari nn. 43/E e 49/E del 2009 e nella circolare n. 6/E del 2010 l'Agenzia dimostra di intuire il problema; per gli operatori del settore sarebbe però opportuno proseguire nel ragionamento e verificare le conclusioni tradizionali cui si perviene.

## ■ L'avvio di indagini finanziarie presso società fiduciarie

La partecipazione delle società fiduciarie, al pari degli altri intermediari finanziari, nelle operazioni di "scudo" assume rilievo anche in altri momenti.

Fin dall'emanazione della normativa in esame si è posto il problema di verificare se possa considerarsi causa ostativa all'accesso allo "scudo" l'invio di richieste da parte dell'Amministrazione Finanziaria a società fiduciarie ai sensi dell'art. 32, comma I, n. 7, D. P. R. 29 settembre 1973, n. 600 (di seguito, "D. P. R. n. 600 del 1973"). Come noto, gli Uffici finanziari possono ottenere informazioni circa "qualsiasi rapporto intrattenuto od operazione effettuata, ivi compresi i servizi prestati" dai contribuenti con a) banche; b) società Poste italiane S.p.A.; c) intermediari finanziari; d) imprese di investimento; e) organismi di investimento collettivo del risparmio; f) società di gestione del risparmio; g) società fiduciarie. È così coinvolta l'intera platea degli intermediari finanziari i quali possono essere destinatari di richieste di informazioni riguardanti le operazioni da loro svolte<sup>(18)</sup>. Tale disposizione serve a bilanciare i diversi e confliggenti interessi che devono essere soppesati: quello dell'Amministrazione finanziaria all'esatto adempimento dell'obbligazione tributaria, quello del contribuente alla tutela della propria libertà e quello degli operatori finanziari al libero esercizio di un'attività economica. Uno dei punti di bilanciamento per il contemperamento di tali esigenze è stato rinvenuto nella previsione dell'obbligo in

### Note:

(16) Cfr. ancora F. Marchetti, Luci ed ombre del regime fiscale dell'amministrazione fiduciaria statica [*supra*, nota 10], p. 1106.

(17) Potrebbe essere l'occasione l'art. 10 dello schema di disegno di legge recante disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità Europee (c. d. Legge Comunitaria 2010) attraverso cui si attribuisce delega al Governo per introdurre una disciplina organica del contratto fiduciario. Con questa delega il Governo è autorizzato a "prevedere, nell'ambito del Titolo III del libro IV del Codice civile, la disciplina speciale del contratto di fiducia, quale contratto con cui il fiduciante trasferisce diritti, beni o somme di denaro specificamente individuati in forma di patrimonio separato ad un fiduciario che li amministra, secondo uno scopo determinato, anche nell'interesse di uno o più beneficiari determinati o determinabili" [art. 10, VI comma, lett. a)].

(18) Sul tema A. Viotto, I poteri di indagine dell'Amministrazione Finanziaria nel quadro dei diritti inviolabili dei libertà sanciti dalla Costituzione, Milano, 2002, p. 340; L. Salvini, La partecipazione del privato nell'accertamento (nelle imposte sui redditi e nell'Iva), Padova, 1990, p. 274; S. La Rosa, L'amministrazione finanziaria, Torino, 1995, p. 96; P. Russo, Questioni vecchie e nuove in tema di operatività del segreto bancario in materia tributaria, Riv. dir. trib., pt. I, 1991, 81; G. Tabet, Fisco e segreto bancario, Boll. trib., 1986, 1109.

capo all'operatore finanziario, una volta ricevuta la notifica<sup>(19)</sup> della richiesta, di darne notizia immediata al contribuente interessato.

Tale disposizione si interrela con la disciplina dello "scudo" nella misura in cui è previsto che costituiscano cause ostative al realizzarsi degli effetti preclusivi dello "scudo":

a) l'avvenuta contestazione di una violazione in tema di monitoraggio fiscale;

b) l'avvio di accessi, ispezioni o verifiche a carico dell'interessato;

c) l'avvio a carico dell'interessato di altre attività di accertamento di cui lo stesso abbia avuto formale conoscenza;

d) l'avvio a carico dell'interessato di un procedimento penale per i reati dei quali è esclusa la punibilità a condizione che l'interessato ne abbia avuto formale conoscenza.

Il problema che quindi si è posto, e che, come si dirà subito appresso è stato risolto dall'Amministrazione Finanziaria, era se la richiesta notificata all'intermediario e da questi comunicata al contribuente valesse quale "avvio a carico dell'interessato di altre attività di accertamento di cui lo stesso abbia avuto formale conoscenza".

L'Agenzia delle Entrate con la circolare n. 49/E del 2009 è intervenuta sul punto affermando testualmente che "non è ravvisabile quale causa ostativa all'efficacia dello "scudo" fiscale la "notizia" della richiesta istruttoria che i soggetti terzi indicati nell'articolo 32, primo comma, n. 7), del D.P.R. n. 600 del 1973 destinatari della stessa devono immediatamente dare al soggetto verificato, in forza del disposto di cui all'ultimo periodo della citata disposizione, in quanto si tratta di una "informativa" che non può ritenersi idonea a soddisfare il requisito della "formale conoscenza" da parte del contribuente dell'attività istruttoria dell'Amministrazione Finanziaria. La comunicazione effettuata dall'intermediario finanziario proviene, infatti, da un soggetto diverso dall'Amministrazione Finanziaria, non è richiesta alcuna forma specifica per la sua comunicazione al contribuente ed infine la norma non prevede alcuna conseguenza per l'inosservanza di tale obbligo di comunicazione".

Tale soluzione appare assolutamente condivisibile: l'asserto secondo cui non si integra nei confronti del contribuente il requisito della formale conoscenza appare del tutto corretto. La normativa non prevede, infatti, che l'intermediario debba notificare al contribuente le richieste dell'Amministrazione. Al-

l'intermediario è richiesto di procedere ad una comunicazione tempestiva per l'espletamento della quale non è necessario il rispetto di specifiche formalità, potendo essere sufficiente anche una comunicazione verbale. Anche se l'intermediario, come accade di norma, ricorre a strumenti di cui possa conservare traccia, tale cautela non equivale a notifica e comunque viene adottata nell'esclusivo interesse dell'intermediario<sup>(20)</sup>. Più in generale si registra che dall'inosservanza dell'obbligo posto a carico dell'intermediario finanziario il legislatore tributario non fa derivare alcuna conseguenza. Non è prevista alcuna specifica sanzione né a carico del contribuente (ad esempio, in termini di preclusione alle prove che possono essere offerte) né a carico dell'intermediario. Il fatto che non derivino al contribuente conseguenze negative dall'omissione della comunicazione è prova che inadempimenti di soggetti terzi non possono pregiudicare la sua posizione.

L'omissione dell'obbligo posto a carico degli intermediari rileva esclusivamente sul piano civilistico. Non pare infatti potersi escludere che, nell'ipotesi in cui l'intermediario non fornisca la comunicazione, il contribuente possa avviare un'azione di risarcimento per inadempimento e per violazione del principio della buona fede di cui all'art. 1375 cod. civ. secondo cui il contratto "deve essere eseguito secondo buona fede" e della correttezza nell'adempimento delle obbligazioni contrattuali sancito dall'art. 1175 cod. civ. ai sensi del quale "il debitore e il creditore debbono comportarsi secondo le regole della correttezza".

#### Note:

(19) Relativamente alle modalità di notifica della richiesta di indagine agli intermediari, l'Agenzia precisa che la richiesta di indagini finanziarie, rivestendo anch'essa natura ricettizia, deve essere notificata al soggetto destinatario in quanto la produzione dei relativi effetti si ricollega, appunto, alla notificazione della richiesta stessa. Il termine per l'operatore finanziario per rispondere alle richieste decorre dalla data del suo ricevimento da parte dell'operatore stesso. La circolare n. 32 del 2006 precisa tuttavia che tali osservazioni, valide per i tradizionali mezzi di notifica (notifica a mezzo ufficiale giudiziario, a mezzo posta e a mani proprie da parte degli stessi Uffici) richiedono ora ulteriori precisazioni per adattarle alla nuova metodologia informatica di notifica introdotta dalla lettera c) dei commi 402 e 403 della legge 30 dicembre 2004, n. 311. Detta disposizione prevede una nuova ed esclusiva procedura telematica delle richieste e delle risposte basta su un sistema di posta elettronica certificata, attraverso la quale, come precisato nel provvedimento direttoriale del 22 dicembre 2005, "si garantisce rispetto delle stesse regole, previste per la comunicazione tramite raccomandata". Per gli operatori finanziari, il termine per adempiere decorre ora dalla ricezione della richiesta inviata dagli Uffici finanziari tramite posta elettronica certificata.

(20) S. Zagà, Le cause ostative, in *Lo scudo fiscale* [supra, nota 2], p. 115.

In definitiva, ove si fosse ammesso che l'invio di una richiesta all'intermediario avesse potuto avere efficacia preclusiva per il contribuente-cliente, si sarebbe condizionato l'accesso a tale disciplina ad un comportamento di un soggetto terzo del tutto estraneo al rapporto tributario.

## ■ Il problema dell'Anagrafe dei Rapporti

Ulteriore punto che merita approfondimento per l'operatività delle società fiduciarie nell'ambito delle operazioni di emersione è la comprensione dei limiti della riservatezza dello "scudo fiscale" in caso di esercizio da parte dell'Amministrazione Finanziaria dei poteri di accertamento. Questi poteri nel corso degli ultimi anni sono stati potenziati e l'Amministrazione è stata dotata di mezzi sempre più sofisticati. Tra questi merita particolare attenzione la c.d. Anagrafe dei Rapporti. Si ricorda che l'art. 37, D. L. 4 luglio 2006, n. 223, prima e l'art. 63, D. L. 21 novembre 2007, n. 231 poi, hanno modificato l'art. 7, D. P. R. 29 settembre 1973, n. 605, così da porre a carico degli intermediari finanziari (banche, società Poste italiane S.p.a., intermediari finanziari, imprese di investimento, organismi di investimento collettivo del risparmio, società di gestione del risparmio, nonché ogni altro operatore finanziario) l'obbligo di rilevare e tenere in evidenza: (a) i dati identificativi, compreso il codice fiscale, di ogni soggetto che intrattenga con loro qualsiasi rapporto o effettui, per conto proprio ovvero per conto o a nome di terzi, qualsiasi operazione di natura finanziaria ad esclusione di quelle effettuate tramite bollettino di conto corrente postale per un importo unitario inferiore a 1.500 euro; (b) l'esistenza dei rapporti e l'esistenza di qualsiasi operazione compiuta al di fuori di un rapporto continuativo, di modo che tali dati siano comunicati all'Anagrafe Tributaria, ed archiviati in apposita sezione, con l'indicazione dei dati anagrafici dei titolari e dei soggetti che intrattengono con gli operatori finanziari qualsiasi rapporto o effettuano operazioni al di fuori di un rapporto continuativo per conto proprio ovvero per conto o a nome di terzi, compreso il codice fiscale.

Come noto, con l'istituzione di una apposita sezione dell'Anagrafe Tributaria il legislatore ha cercato di perseguire l'obiettivo di fornire all'Amministrazione Finanziaria uno strumento per poter monitorare costantemente le disponibilità dei contribuenti

presso istituti di credito ed ogni altro operatore finanziario(21). È previsto che le informazioni comunicate possano essere utilizzate ai fini delle richieste e delle risposte in via telematica di cui all'articolo 32, comma I, n. 7), D. P. R. 29 settembre 1973, n. 600, e di cui all'articolo 51, comma II, n. 7), D. P. R. 26 ottobre 1972, n. 633, in linea con quanto specificamente previsto dal nuovo testo dell'art. 7, comma XI, D. P. R. 29 settembre 1973, n. 605 (di seguito, "D. P. R. n. 605 del 1973"). Quest'ultima disposizione stabilisce, inoltre, che le informazioni comunicate potranno essere utilizzate anche ai fini delle attività connesse alla riscossione mediante ruolo, nonché per l'espletamento degli accertamenti finalizzati alla ricerca e all'acquisizione della prova e delle fonti di prova nel corso di un procedimento penale, sia in fase di indagini preliminari, sia nelle fasi processuali successive, ovvero degli accertamenti di carattere patrimoniale per le finalità di prevenzione previste da specifiche disposizioni di legge(22). Ne deriva che l'Anagrafe dei Rapporti si pone come uno strumento destinato ad essere utilizzato non solo dagli organi verificatori, ma anche dalla Magistratura e dagli Agenti alla Riscossione.

Anche tale disciplina si interrela con quella in tema di "scudo fiscale": i contribuenti devono infatti accendere specifici conti c.d. "scudati" e ne deriva pertanto la questione se tali conti debbano essere oggetto di comunicazione.

L'Agenzia nella circolare n. 43/E del 2009, come in passato nella Circolare n. 24/E del 2002, afferma che "gli intermediari non devono comunicare al-

### Note:

(21) M. Thione, Nuove indagini finanziarie e "anagrafe dei rapporti": analisi delle procedure operative e il "rinvio" ad aprile 2007, *Il Fisco*, 2007, 2022; R. Loiero – G. Malinconico, Le nuove norme in tema di Anagrafe tributaria. L'accesso degli agenti della riscossione e l'anagrafe dei rapporti finanziari, *Il Fisco*, 2007, 316; G. Nanula, La tormentata lotta all'evasione fiscale ed alla criminalità organizzata, *Il Fisco*, 2007, 611.

(22) In particolare, le richieste possono essere avanzate, nei limiti delle relative attribuzioni:

- dall'autorità giudiziaria nei casi previsti dal codice di procedura penale, ovvero dagli ufficiali di polizia giudiziaria delegati dal pubblico ministero;
- dall'Ufficio italiano dei cambi;
- dal Ministro dell'interno, dal Capo della polizia – direttore generale della pubblica sicurezza, dai questori e dal direttore della Direzione investigativa antimafia;
- dagli esperti del Servizio consultivo ed ispettivo tributario (SECIT), dai funzionari del Dipartimento delle entrate o dagli ufficiali della Guardia di finanza, su autorizzazione, rispettivamente, del direttore del SECIT, del direttore centrale per l'accertamento e la programmazione o dei direttori regionali delle entrate, dei comandanti regionali della Guardia di finanza;
- dal comandante del Nucleo speciale di polizia valutaria della Guardia di finanza.

l'Amministrazione finanziaria neanche i dati e le notizie inerenti ai conti di deposito che accolgono il denaro e le attività finanziarie rimpatriate". Non appare chiaro se tale precisazione coinvolga anche le comunicazioni all'Anagrafe dei Rapporti tanto più che la stessa Agenzia, nella Circolare 4 aprile 2007, 18/E, ebbe a dire che "tra i rapporti da comunicare sono compresi anche quelli rientranti nell'ambito di applicazione del decreto legge 25 settembre 2001, n. 350, convertito dalla legge 23 novembre 2001, n. 409 e successive modifiche, concernente l'emersione di attività detenute illecitamente all'estero". Tra tali affermazioni sussiste un difetto di coordinamento che però pare doversi considerare solo apparente se si tiene a mente che gli istituti coinvolti perseguono finalità differenti. Lo "scudo fiscale" comporta effetti di riservatezza in caso di accertamento dell'Amministrazione Finanziaria mentre non consente di produrre gli stessi effetti in relazione ad altre attività o, limitandosi all'ambito tributario, non costituisce riparo anche nei confronti dell'attività di riscossione di un debito tributario il cui ammontare è già stato accertato. Lo "scudo fiscale" impedisce di determinare la capacità contributiva di un soggetto in relazione ai redditi esteri da questo prodotti e non dichiarati, ma non vale ad esonerare il contribuente dal pagamento di imposte il cui ammontare è già stato determinato.

In definitiva la normativa in tema di "scudo" offre una difesa dagli accertamenti, non anche dalla riscossione coattiva delle imposte: le ricchezze rimpatriate possono, infatti, essere oggetto di procedure esecutive da parte degli Agenti della Riscossione. Proprio l'Anagrafe dei rapporti offre agli Agenti della Riscossione la possibilità di conoscere i conti del contribuente così da "aggregarli" nelle forme del pignoramento presso terzi. Non sussistono pertanto ragioni perché anche i conti segreti non siano oggetto di comunicazione.

Tale conclusione non vale però a sminuire l'effetto di riservatezza dello "scudo". È sufficiente osservare che anche qualora l'Amministrazione Finanziaria venga a conoscenza di tali conti per effetto delle segnalazioni all'Anagrafe dei Rapporti, essa viene a conoscenza dell'esistenza del "contenitore", non del "contenuto". Successivamente, qualora la stessa Amministrazione invii agli intermediari finanziari, ivi comprese le società fiduciarie, richieste ai sensi dell'art. 32, D. P. R. 29 settembre 1973, n. 600 per conoscere il contenuto di tali conti, gli intermediari fi-

nanziari non dovranno effettuare tale comunicazione perché la normativa in tema di "scudo fiscale" preclude tale tipo di comunicazioni. Il contenuto di tali conti resta pertanto riservato. Questa conclusione appare coerente con il sistema dello "scudo fiscale" che offre riparo dall'accertamento, non dalla riscossione.

### ■ Considerazioni conclusive

Alla luce delle considerazioni qui esposte, in conclusione, si osserva che, per effetto dell'allargamento del campo di applicazione del rimpatrio giuridico, è stato conseguentemente allargato l'impegno delle società fiduciarie. Lo strumento "principe" per realizzare questa operazione è stato individuato nell'affidamento alle società fiduciarie di un mandato senza rappresentanza e senza intestazione dei beni. Pare però che lo stesso risultato avrebbe potuto essere conseguito anche con gli altri strumenti di cui le società fiduciarie dispongono: anche questi avrebbero potuto assicurare cautele analoghe a quelle assicurate dal mandato senza rappresentanza. Ci si riferisce in particolare all'istituto dell'intestazione fiduciaria in senso stretto, nella sua declinazione germanistica, dal momento che anche ove si faccia ricorso a tale modello non vi sono ostacoli all'applicazione del principio della c.d. "trasparenza fiduciaria". Indicazioni di segno contrario non provengono né dalle norme impositive, atteso il crescente approccio sostanzialistico del legislatore ai problemi tributari<sup>(23)</sup>, né dalle norme in tema di accertamento ove da tempo è divenuto vero che le società fiduciarie operano in un contesto normativo indirizzato verso il totale superamento del segreto bancario ed orientato dalla "cultura del segreto ... ad una cultura della trasparenza improntata alla chiarezza del rapporto Fisco – contribuente"<sup>(24)</sup>.

#### Note:

(23) Così F. Marchetti, *Profili fiscali di fattispecie innovative in tema di OICR: il trattamento fiscale di un fondo comune chiuso che investa in opere d'arte*, *Mondo bancario*, 2007, 10.

(24) Così si legge nella relazione al disegno di legge n. 3005 del 30 settembre 1991. A. Di Amato, *Segreto – VII* *Segreto Bancario*, *Enc. giur.*, vol. XXVIII, Roma, 1992, 6; D. Blaskovic, *Dal segreto bancario alla cultura della trasparenza: aspetti procedimental-processuali*, *Dir. prat. trib.*, 1995, pt. I, 789.

Italia – Tribunale di Genova

## Sostituzione del trustee dimissionario e ruolo del Presidente del Tribunale

**Trustee dimissionario – nomina del nuovo trustee – atto istitutivo – attribuzione della competenza al Presidente del Tribunale – legge regolatrice del trust – attribuzione al giudice del potere di nominare il trustee – assenza di cause ostative – nomina**

Il Presidente del Tribunale può procedere alla nomina del nuovo trustee qualora quello precedentemente nominato sia dimissionario atteso che siffatto potere gli è conferito dall'atto istitutivo del trust e che la relativa clausola è conforme alla legge regolatrice del trust e non contrasta con alcuna norma imperativa o principio di ordine pubblico dell'ordinamento giuridico italiano.

■ Tribunale di Genova, C. C. Viazzi, Pres., 29 marzo 2010 [Aletti Fiduciaria S.p.a., G. e M.]

### TESTO DEL DECRETO

Letto il ricorso presentato in data 8 marzo 2010 dalla Aletti Fiduciaria S.P.A. in qualità di "trustee" del "trust" "Gino e Luciana", nonché dai sig.ri G. e M. in qualità di "guardiani" del suddetto Trust, volto a richiedere a questo Presidente la nomina di un nuovo trustee in sostituzione della ricorrente dimissionaria;

Rilevato che la ricorrente risulta per tabulas trustee del trust istituito dal disponente A. G. con atto notarile del 13.2.2008, con il quale vincolava parte del proprio patrimonio allo scopo di costruire un edificio ospedaliero, da realizzarsi ad opera dell'Istituto Giannina Gaslini e da intestare a "Gino e Luciana", avvalendosi per la realizzazione del proprio intento filantropico proprio del trustee nominato Aletti fiduciaria spa (v. art. 2 atto di trust allegato);

Rilevato altresì che, come risulta dal ricorso e relativi allegati, il 25.6.2009 il Gruppo Banca Popolare cui appartiene la società ricorrente, ha costituito l'ALETTI TRUST S.P.A. con l'esclusivo compito di occuparsi della gestione ed amministrazione dei trust affidati dai clienti del gruppo, tra cui rientrava il disponente A. G. onde si è venuta a creare l'esigenza di sostituire l'originario trustee con la nuova società appositamente costituita;

Preso atto, quindi, che la società ricorrente, nel chiedere la sostituzione con il presente ricorso ha contestualmente rassegnato le proprie dimissioni dall'incarico di trustee; che i "guardiani" del trust, controllori fiduciari dello stesso, nonché sottoscrittori del ricorso, hanno espresso parere favorevole alla nomina in sostituzione della Aletti

trust spa; che la "continuità" tra la gestione della prima società e quella nominanda risulta inoltre assicurata dalla professionista delegata da entrambe le società a gestire ed amministrare il trust; e che, come certificato dalla ricorrente, il 30 giugno 2009 è deceduto il disponente A. G., prima quindi di poter nominare il nuovo trustee come previsto dall'atto allegato;

Considerato infine che l'art. 23 lettere D2 e D3 di detto Trust, nel disciplinare l'ipotesi della successione nell'ufficio di trustee, prevede, ove il soggetto avente il potere di nominare il medesimo "non provveda in un tempo ragionevole", che la nomina avvenga da parte del Presidente del Tribunale di Genova;

Ritenuto, tutto ciò premesso, che l'atto costitutivo del trust in oggetto, e la relativa clausola attributiva della competenza per la sostituzione del trustee al Presidente di questo Tribunale, appare, da un lato, conforme alla legge regolatrice del trust "Gino e Luciana" varata in materia nel 1984 dalle isole Jersey che prevede all'art. 51 il ricorso ad una Corte per la nomina del trustee e, dall'altro lato, non appare contrastante con alcuna norma imperativa o

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

In senso conforme, sebbene con riferimento alla diversa ipotesi della nomina di un conciliatore per la risoluzione delle controversie concernenti il trust, si è espresso il Trib. Milano, 17 luglio 2009, in questa Rivista, 2009, 649.

In senso contrario, ma in merito alla nomina di un nuovo guardiano, si è espresso il Trib. Crotone, 29 settembre 2008, in questa Rivista, 2009, 37. Per un commento all'atto istitutivo del trust oggetto del decreto v. G. La Torre – R. Sarro, *infra*, 433.

principio di ordine pubblico interno al nostro ordinamento, come del resto riconosciuto da un'ampia e costante giurisprudenza;

Che non emergono, infine, nel merito della richiesta, elementi ostativi di sorta alla sostituzione del trustee, atto conseguente alla nuova organizzazione societaria attuata dalla Banca Aletti e concordemente domandato dal trustee dimissionario e dai "guardiani" nominati dallo stesso disponente:

P.Q.M.

1) Nomina quale Trustee del trust "Gino e Luciana" la Aletti Trust SPA, con sede in Milano via S. Spirito n. 14, in sostituzione del trustee dimissionario Aletti Fiduciaria SPA;

2) Ordina a quest'ultima di adempiere a tutte le necessarie formalità per attuare la suddetta sostituzione a favore della Aletti Trust SPA.

## La collana "Quaderni" di Trusts

- **1 - Leggi tradotte**  
*traduzioni di R. Dabormida, P. Dibari, A. Fusi, E. Incisa di Camerana, G. La Torre, D. Mazzone, F. Steidl*
- **2 - Introduzione ai trust e profili applicativi tra dottrina, prassi e giurisprudenza**  
*a cura di Stefano Buttà*
- **3 - Il trust di protezione patrimoniale**  
*di Andrea Vicari*
- **4 - La giurisprudenza italiana sui trust - III Edizione**  
*Dal 1899 al 2009*
- **5 - Leggi tradotte - II**  
*traduzioni di E. Berti-Riboli, G. Lepore, G. La Torre, G. Miccichè, L. Minicucci, M. Molinari, M. Monegat, M. Montefameglio, M. Moscardi, A. Pietromarchi, L.F. Risso, R. Sarro, M. Scaffa, M. Tita, I. Valas*
- **6 - Trust: opinioni a confronto**  
**Atti dei Congressi dell'Associazione "Il Trust in Italia"**
  - Terzo Congresso Nazionale – Roma 2005
  - I trust per la famiglia – Firenze 2005*a cura di E. Barla De Guglielmi*
- **7 - La Legge di Malta sui trust**  
**L'introduzione del trust nel diritto civile maltese**  
*di E. Berti-Riboli e M. Ganado*
- **8 - La legge di Jersey sul trust**  
*di E. Barla De Guglielmi, P. Panico, F. Pighi*
- **9 - Teoria e pratica della fiscalità dei Trust**
  - Relazioni del Convegno dell'Associazione "Il Trust in Italia" - Milano 16 gennaio 2008
  - Contributi professionali sulla fiscalità dei trust*a cura di G. Frasoni e N. de Renzis Sonnino*
- **10 - I professionisti e il Trust**  
**Atti del IV Congresso Nazionale dell'Associazione "Il Trust in Italia" - Milano 2008**

Italia – Tribunale di Trieste

## Intavolazione del trasferimento di bene immobile dal trustee al disponente a seguito della cessazione del trust

**Cessazione del trust – trasferimento di bene immobile dal trustee al disponente - intavolazione**

Può essere ordinata l'intavolazione del trasferimento del diritto di proprietà di un immobile dal trustee al disponente del trust in conseguenza dell'intervenuta cessazione del trust per raggiungimento dello scopo per il quale esso era stato istituito.

■ Tribunale di Trieste, Giudice Tavolare, A. Barzani, 17 luglio 2009 [G. Chersi]

### TESTO DELLA DOMANDA E DEL DECRETO

All'Ufficio Tavolare di Trieste

Nell'interesse di:

– Comune di Duino-Aurisina, con sede in Duino-Aurisina, Aurisina Cave n. 25, codice fiscale numero 00157190323;

– il sottoscritto dottor Giuliano Chersi, Notaio in Trieste,

fa domanda

perché sulla base dei documenti qui allegati venga emesso il decreto tavolare dal quale risulti:

l'intavolazione del diritto di proprietà sull'immobile P.T. 2524 di Malchina c.t. 1° p.c.n. 1859/9 ente urbano, dal nome di:

– Santangelo Paolo, nato a ... il giorno ..., quale Trustee del Trust "Nuvole bianche", a quello di:

– Comune di Duino-Aurisina, con sede in Duino-Aurisina

da notificarsi a mani del Notaio sottoscritto alla parte interessata, in unico esemplare ai sensi dell'articolo 123 bis della Legge Tavolare.

Allegati:

– atto di cessazione del trust;

– due decreti.

Pratica n. G 8496

Cartella n. 41364.

Trieste, addì 12 maggio 2009.

UFFICIO TAVOLARE DI TRIESTE

Decreto

Repubblica Italiana

Il Conservatore del Libro Fondiario preposto ai sensi dell'art. 95 bis della Legge Tavolare giusta provvedimento di delega dd. 23 aprile 2008 del Giudice Tavolare presso il Tribunale di Trieste

provvedendo sulla domanda del Notaio dottor Giuliano Chersi nell'interesse del Comune di Duino-Aurisina, esaminato: l'atto di cessazione del trust in data 12 maggio 2009 repertorio n. 47530/20602 del notaio Giuliano Chersi, in corso di registrazione in termine;

visto: il R.D. 28 marzo 1929 n. 499 e l'allegata Legge generale sui libri fondiari 25 luglio 1871 BLI n. 95;

Ordina:

1) l'intavolazione del diritto di proprietà sull'immobile P.T. 2524 di Malchina c.t. 1° p.c.n. 1859/9 ente urbano, dal nome di:

– Santangelo Paolo, nato a ... il giorno ..., quale Trustee del Trust "Nuvole bianche", a quello di:

– Comune di Duino-Aurisina, con sede in Duino-Aurisina.

.....  
Pubblichiamo il testo della domanda e del decreto dal loro originale.

Il decreto sarà commentato da Annapaola Tonelli, nel prossimo numero della Rivista.

L'atto di cessazione del trust può leggersi *infra*, 451, mentre l'atto istitutivo del trust "Nuvole bianche" può leggersi in questa Rivista, 2006, 129. L'intavolazione del trasferimento della proprietà dell'immobile oggetto del trust era stata disposta dal Tribunale di Trieste, con decreto del 25 settembre 2005, in questa Rivista, 2006, 83, con commento di L. Battistella, Il trust e le implicazioni di diritto tavolare, *ivi*, 27.

Italia – Tribunale di Milano

## Stato di insolvenza e apertura di conti correnti “dedicati” per la conservazione del patrimonio sociale

**Società – stato di insolvenza – creditori – azioni esecutive presso terzi – pericolo di dispersione del patrimonio sociale – Tribunale Fallimentare – ordine di apertura di conti correnti “dedicati” per il versamento delle somme dovute – indisponibilità delle giacenze – autorizzazione del Tribunale Fallimentare**

Al fine di prevenire la dispersione e la riduzione del patrimonio di una società in stato di insolvenza per effetto delle azioni esecutive presso terzi promosse dai suoi creditori, il Tribunale Fallimentare può disporre che i creditori pignoratizi aprano dei conti correnti “dedicati” sui quali i terzi pignorati eseguano i pagamenti dovuti, subordinando il compimento degli atti di disposizione delle giacenze ivi venute in esistenza alla preventiva autorizzazione del Tribunale.

■ **Tribunale di Milano, Sezione Fallimentare, II Civile, F. Lamanna, Pres., I. Lupo, P. Perrotti, G. Rel., 25 marzo 2010 [Interim 25 S.p.a. e altri c. OSC Service Center S.p.a.]**

### TESTO DEL DECRETO

Nel corso del procedimento prefallimentare indicato, la resistente ha presentato due distinte richieste cautelari *inaudita altera parte* ai sensi dell'art. 15 lf.

1. Con una prima istanza, depositata il 18.3.2010, OSC ha domandato l'adozione di un provvedimento di inibitoria con riguardo ad una procedura esecutiva mobiliare pendente in Spagna, avente ad oggetto la vendita forzata della quota di sua proprietà del 60,88% del capitale sociale della società spagnola Global Sales Solution Line SL.

Questa quota forma oggetto di un diritto di pegno costituito in data 21.12.2007 a favore di Banca Popolare di Verona spa. La procedura esecutiva risulta radicata per iniziativa di Basatara Servicio Y Gestiones SL, soggetto avente causa dalla Banca Popolare di Verona spa, e come tale titolare del diritto di pegno.

Con riferimento a questa richiesta il Tribunale rileva il proprio difetto di giurisdizione.

In primo luogo, non può trovare applicazione il Regolamento (CE) n. 44/2001 in materia di competenza giurisdizionale, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale in ambito comunitario, atte-

so che l'art. 1, comma 2, del medesimo Regolamento esclude espressamente dal proprio ambito di applicazione la materia fallimentare.

È del pari inapplicabile anche il Regolamento (CE) n. 1346/2000, riferito specificamente alle procedure di insolvenza, poiché non è rintracciabile in questo testo normativo alcuna disposizione riferita all'adozione di misure cautelari in fase prefallimentare.

Non risultano inoltre esistenti convenzioni internazionali vigenti tra Italia e Spagna con riferimento alla materia in esame e la resistente non ha fornito alcuna indicazione in tal senso.

Ne consegue che la sussistenza della giurisdizione deve essere verificata in ossequio ai criteri generali stabiliti dalla legge n. 218/1995.

In sede di costituzione del pegno sulle azioni della Global Sales Solution Line SL i contraenti hanno convenzionalmente stabilito l'applicazione della legge spagnola, facendo proprio il criterio dettato dall'art. 51, legge n. 218/1995. Inoltre, in base all'art. 10.1 delle condizioni contrattuali, le parti hanno previsto che le controversie

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

debbano essere devolute in via esclusiva al giudice spagnolo, segnatamente al Tribunale di Madrid.

Ai sensi dell'art. 10, legge n. 218/1995, la giurisdizione italiana sussiste in materia cautelare in due casi: quando il provvedimento deve essere eseguito in Italia oppure quando il giudice italiano ha giurisdizione nel merito.

La prima eventualità è pacificamente da escludere, dato che il provvedimento dovrebbe essere eseguito in Spagna. La fattispecie in esame si colloca al di fuori anche della seconda ipotesi, dato che, come si è appena visto, le parti hanno convenzionalmente devoluto ogni controversia sul pegno alla competenza esclusiva di un giudice straniero.

In ogni caso, salve le considerazioni che precedono sul difetto di giurisdizione, la richiesta non potrebbe essere comunque accolta anche per ragioni attinenti al merito.

Difatti l'adozione di provvedimenti cautelari in sede prefallimentare non può determinare la compressione della facoltà che ciascun creditore ha di agire in sede processuale, e quindi anche in sede esecutiva, per attivare ogni legittima forma di tutela del proprio diritto soggettivo.

In altri termini, i provvedimenti ex art 15, comma 8, lf, possono solo garantire la conservazione del patrimonio del debitore, in vista della successiva dichiarazione di insolvenza, mentre non possono determinare l'introduzione in via anticipata di effetti tipici di tale dichiarazione, quale, ad esempio, l'improcedibilità delle procedure esecutive individuali.

In relazione alla richiesta cautelare depositata da OSC in data 18.3.2010 il Tribunale conclude per il proprio difetto di giurisdizione.

2. È invece fondata la seconda istanza cautelare, depositata il 24.3.2010, sebbene con le precisazioni ed i limiti di seguito indicati.

La resistente chiede che sia disposta la liberazione delle somme oggetto di pignoramento presso terzi, a seguito di iniziative assunte da alcuni suoi creditori, in modo tale che queste disponibilità liquide possano essere utilizzate dalla OSC, con le dovute cautele e sotto il controllo del Tribunale, in una prospettiva di migliore conservazione del patrimonio aziendale e nel rispetto della *par condicio*.

Occorre richiamare e ribadire quanto appena affermato in ordine alla funzione propria delle cautele previste dall'art. 15, comma 8, lf.

Come già rilevato sopra, i provvedimenti previsti dalla norma in esame mirano a preservare l'integrità del patrimonio del debitore nelle more della pendenza dell'istruttoria prefallimentare. I contenuti di questa tutela cautelare sono atipici, in modo tale che siano i più adatti rispetto alle esigenze del caso specifico.

La richiesta di elidere il vicolo di indisponibilità derivante dal pignoramento già eseguito, così come la richiesta di inibire o sospendere le procedure esecutive individuali già radicate, vanno chiaramente oltre i predetti limiti funzionali. Con una cautela di questa natura si realizzerrebbero in via anticipata gli effetti previsti dall'art. 51 lf, con un indebito e radicale sacrificio delle ragioni dei creditori procedenti, spogliati, a tutti gli effetti, del proprio diritto di azione.

Nel caso di specie si ravvisa comunque l'opportunità di adottare misure cautelari, seppure di contenuto parzialmente diverso rispetto alla richiesta.

Occorre premettere che la sussistenza dello stato di insolvenza è pacifico ed oggetto di confessione in sede giudiziale, dato che OSC ha depositato in data 25.3.2010 ricorso in proprio per la dichiarazione di insolvenza ai sensi degli artt. 3 e ss., d. lgs n. 270/1999.

Quanto al *periculum in mora*, il Tribunale ritiene allo stato sussistente il pericolo di un'apprezzabile dispersione e riduzione del patrimonio del debitore, immediatamente conseguente al definitivo incasso da parte di una molteplicità di creditori procedenti di ingenti somme, dovute ad OSC da vari suoi debitori.

Si ritiene quindi opportuno disporre *inaudita altera parte* una cautela conservativa del seguente contenuto.

Ciascuno dei creditori procedenti in sede esecutiva che abbia già ottenuto un provvedimento di assegnazione di un credito di OSC verso un soggetto terzo pignorato dovrà costituire un conto corrente "dedicato", sul quale dovranno transitare tutte le somme ricavate dalla iniziativa esecutiva.

I soggetti terzi pignorati potranno eseguire i pagamenti delle somme dovute ai rispettivi creditori procedenti – da individuarsi secondo il contenuto dei provvedimenti di assegnazione adottati dai giudice dell'esecuzione – soltanto con il versamento del dovuto sul conto "dedicato".

I creditori procedenti beneficiari di pagamenti sui conti "dedicati" loro intestati potranno disporre delle giacenze esistenti solo previo provvedimento autorizzativo di questo Tribunale.

Il presente provvedimento viene adottato *inaudita altera parte* e pertanto è necessaria la convocazione di tutte le parti contro interessate (creditori pignoranti e terzi pignorati) ai sensi dell'art. 669sexies cpc per la conferma, la revoca o la modifica del provvedimento.

PQM

visti gli artt. 10, legge n. 218/1995 e 15, comma 8, lf,

## DICHIARA

il difetto di giurisdizione in relazione alla richiesta di inibitoria della procedura esecutiva pendente in Spagna ed avente ad oggetto le azioni della GSS Global Sales Solution Line SL;

in parziale accoglimento della richiesta cautelare depositata in data 24.3.2010, *inaudita altera parte*,

## DISPONE

– che i soggetti terzi pignorati elencati a pag. 17 del ricorso depositato in data 24.3.2010 dalla OSC Service Center spa eseguano i pagamenti spettanti ai rispettivi creditori procedenti – identificati in conformità alle statuizioni contenute nei provvedimenti di assegnazione adottati dal giudice dell'esecuzione – soltanto mediante versamento delle somme dovute su appositi conti correnti “dedicati”, da istituirsi a cura dei rispettivi creditori procedenti;

– che i creditori procedenti possano disporre delle somme così accreditate sui predetti conti correnti “dedicati” soltanto previa formale autorizzazione del Tribunale fallimentare;

## DELEGA

il giudice relatore dott. Perrotti all'adozione dei provvedimenti autorizzativi in ordine a eventuali richieste di disposizione delle somme versate e giacenti sui predetti conti correnti intestati ai creditori procedenti;

## DISPONE

che OSC Service Center proceda alla notifica di copia del presente provvedimento ai creditori procedenti in sede esecutiva che abbiano già eseguito un pignoramento presso terzi nonché ai soggetti terzi pignorati indicati nell'elenco di cui a pag. 17 del ricorso depositato il 24.3.2010, entro il termine del 8.4.2010;

## ASSEGNA

ai creditori procedenti in sede esecutiva termine di cinque giorni, decorrente dalla ricezione della notifica del presente provvedimento, per l'apertura del conto corrente “dedicato” presso un Istituto di credito sito nel territorio italiano, intestato singolarmente a ciascuno degli stessi creditori procedenti;

## FISSA

l'udienza del 28.4.2010 ad ore 12.30, già indicata per la prosecuzione dell'istruttoria prefallimentare, anche per la discussione nel contraddittorio delle parti delle richieste cautelari autorizzate, ai fini della loro conferma, revoca o modifica.

Manda alla cancelleria di comunicare il presente provvedimento a OSC Service Center spa, al Pubblico Ministero e a tutti i creditori che hanno già depositato ricorsi ex art. 6 lf.

Italia – Corte di Cassazione

## Omessa vigilanza sull'attività delle società fiduciarie e responsabilità dell'amministrazione pubblica

**Società fiduciarie – vigilanza – omissioni e ritardi – responsabilità dell'amministrazione  
Società fiduciarie – omessa vigilanza – danno subito dai clienti – liquidazione – valore nominale del capitale versato**

Il Ministero dell'Industria è responsabile nei confronti dei fiducianti che abbiano perso le somme affidate a due società fiduciarie poste in liquidazione coatta amministrativa allorquando risultino accertate le omissioni, anche informative, e i ritardi nell'esercizio dell'attività di vigilanza sulle società fiduciarie, che è demandata "ex lege" alla pubblica amministrazione. Il rapporto di amministrazione fiduciaria non attribuisce ai fiducianti l'aspettativa ad un rendimento minimo dei titoli azionari od obbligazionari acquistati per conto dei medesimi.

La liquidazione del danno subito dai clienti di società fiduciarie poste in liquidazione coatta amministrativa, che sia ascrivibile alla condotta illegittima dell'amministrazione tenuta a vigilare su queste ultime, va parametrata al valore nominale del capitale versato. Pertanto, i fiducianti non hanno diritto alla liquidazione in loro favore di un'ulteriore voce, corrispondente agli utili che sarebbero maturati, in pendenza del rapporto e a far tempo dalla data del versamento delle somme alle fiduciarie, qualora il denaro fosse stato investito nell'acquisto di Bot.

■ **Corte di Cassazione, Sez. III, M. Fantacchiotti, Pres., C. Filadoro, A. Amatucci, R. Lanzillo, Conss., F. Uccella, Cons. Rel., 27 marzo 2009, n. 7531 [Ministero delle Attività Produttive c. Tedesco e altri]**

### TESTO DELLA SENTENZA

Svolgimento del processo

1.- Con sentenza del 12 gennaio 2004, notificata il 23 febbraio 2004 la Corte di appello di Roma ha accolto l'appello proposto dalle persone indicate in epigrafe avverso la sentenza del Tribunale di Roma del 13 aprile 1999 ed in riforma della stessa, ha condannato il Ministero delle attività produttive (già Ministero dell'industria, commercio e artigianato) al risarcimento dei danni subiti dagli appellanti per la totale perdita delle somme che gli stessi avevano affidato per la gestione fiduciaria alla società Reno, prima, ed alla società La Previdenza, poi.

2.- Il giudice di primo grado, adito dagli attuali resistenti, con atto di citazione del 22 settembre 1995, aveva

respinto le pretese risarcitorie ex art. 2043 c.c., nei confronti dell'allora Ministero dell'industria, commercio e artigianato.

Secondo l'assunto degli attori il Ministero, in quanto esercente la vigilanza sulle fiduciarie Reno s.p.a. e Previdenza s.p.a., non aveva tempestivamente avvisato la clientela (di cui essi facevano parte) di dette società, appartenenti allo stesso gruppo finanziario, che nei confronti della prima, era stata revocata l'autorizzazione all'esercizio della raccolta di fondi, con D.M. 29 ottobre 1983, peraltro, pubblicato sulla G.U. solo il 4 aprile 1984; non aveva comunicato che per la seconda, cessionaria dei rapporti fiduciari facenti capo alla Reno, esisteva nel 1985 uno sta-

.....  
Pubblichiamo il testo della sentenza, la massima e i neretti da Foro it., 2009, I, 3356.

to predecozionale, tanto che nello stesso anno ne era stata disposta la liquidazione coatta amministrativa; aveva, comunque, reso possibile l'avvio della attività della Previdenza, ritardando l'esecuzione del D.M. 29 ottobre 1983, che avrebbe radicalmente troncato l'attività della Reno privandola della possibilità di cedere alla società Previdenza i propri contratti fiduciari.

Da ciò, la perdita da parte di essi clienti di tutte le somme depositate presso le due fiduciarie.

3.- Con la decisione ora impugnata la Corte territoriale, adita dalle persone indicate in epigrafe, dopo avere dato atto che una sentenza della Corte di Cassazione, su identica questione, ha confermato la sentenza di rigetto della domanda risarcitoria di un primo gruppo di clienti della società Reno alla luce dell'orientamento giurisprudenziale del tempo, che escludeva la risarcibilità dei danni conseguenti a lesione di interessi legittimi, ha evidenziato come le ragioni che hanno sostenuto la predetta decisione non potessero essere trasposte nella controversia portata al suo giudizio dopo la "recente rivoluzionaria sentenza della Suprema Corte (SU 500/1999)" a mente della quale il principio del *neminem laedere* di cui all'art. 2043 c.c., costituente limite esterno generale della discrezionalità della pubblica amministrazione, viene applicato, oltre che ai casi di violazione dei diritti, anche ai danni conseguenti alla lesione di interessi riconosciuti dal diritto, in particolare allorché vi sia omissione di effettiva vigilanza dovuta o di informazione, o anche erronea attività di certificazione.

Sulla base di questa premessa, la Corte territoriale ha accertato che, nel caso specifico, doveva essere appunto riconosciuta:

a) una omissione del dovere di vigilanza e di informazione, al quale il Ministero, sia pure con i margini di discrezionalità sui modi e tempi di esecuzione, era tenuto, con quei livelli di attenzione che il caso richiedeva, per la tutela dell'interesse pubblico ad una sana gestione del risparmio (p. 24 e 25 della sentenza impugnata); omissione, questa, che era stata ulteriormente aggravata sia da un ingiustificato ritardo nella esecuzione del provvedimento di revoca della autorizzazione che, in precedenza, era stata concessa alla Reno per l'esercizio di attività di gestione fiduciaria di fondi (p. 21 della sentenza impugnata), sia dalla totale assenza di informazioni sulle precarie condizioni economiche della società Previdenza s.p.a. (p. 21 della sentenza), alla quale la società Reno, senza ostacoli di sorta, aveva ceduto la posizione dei fiducianti nel periodo di tempo intercorso tra il provvedimento di revoca della predetta autorizzazione e quello di pubblicazione di tale provvedimento e di sua effettiva esecuzione;

b) una ingiusta lesione, anche per effetto delle omis-

sioni ed inerzie del Ministero tenuto alla vigilanza, dell'interesse dei clienti delle due società ad una sana gestione dei loro risparmi ed un conseguente pregiudizio dei diritti patrimoniali degli stessi;

c) il diritto, pertanto, dei predetti clienti al risarcimento dei danni subiti per la perdita dei risparmi che avevano affidato alla società Reno, prima, ed alla società Previdenza, poi.

4.- Contro questa decisione il Ministero delle attività produttive insorge con cinque motivi di ricorso.

5.- Resistono con controricorso gli appellanti fiduciari, che propongono a loro volta ricorso incidentale condizionato ed hanno presentato memoria.

#### Motivi della decisione

I ricorsi principale e incidentale, sia pure condizionato, vanno riuniti *ex art.* 335 c.p.c..

In considerazione della questione principale che attiene all'*an debeat* va esaminato anzitutto il ricorso principale del Ministero.

1.- Con il primo motivo (violazione e falsa applicazione dell'art. 2909 c.c.; artt. 324 e 112, in relazione all'art. 360 c.p.c., nn. 3 e 4) il Ministero eccepisce un giudicato interno sulla assenza del rapporto di causalità ed un vizio conseguente di ultrapetizione della sentenza impugnata che quel nesso ha ritenuto, invece, di potere accertare.

Infatti, a suo dire, il Tribunale avrebbe del tutto escluso che gli attori avessero provato il nesso causale tra le varie condotte ascrivibili al Ministero e il loro mancato recesso dalla Previdenza s.p.a. (p. 9 - 10 sentenza di primo grado).

Questa statuizione non sarebbe stata investita da specifico motivo di appello, in quanto i fiducianti si sarebbero limitati a sostenere che non era stato richiesto il loro consenso al trasferimento dei contratti dalla Reno s.p.a. alla Previdenza s.p.a. e che il Ministero avrebbe dovuto revocare l'autorizzazione alla Reno s.p.a. fin dall'agosto 1981.

La Corte territoriale, quindi, non avrebbe potuto ampliare l'indagine su questi punti, con il conseguente vizio di ultrapetizione.

2.- Con il secondo motivo (violazione e falsa applicazione dell'art. 40 c.p., comma 2 e dell'art. 2043 c.c., nonché della L. 20 marzo 1865, art. 4 all. E) e della L. 23 novembre 1939, n. 1966, art. 2 e R.D. 22 aprile 1940, n. 531, art. 3, in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3) deduce il Ministero, in subordine, che quand'anche si voglia ammettere che la Corte di appello potesse dare rilievo alle presunte carenze di informazione, trattandosi di condotta omissiva, dovrebbe applicarsi l'art. 40 c.p., comma 2.

Infatti, per configurarsi una relazione causale tra un

evento e l'omesso compimento di una specifica attività occorre prima di tutto individuare uno specifico obbligo di agire, ossia individuare una "norma di garanzia" che imponesse di tenere un certo comportamento in un determinato momento, al fine di impedire l'evento danno che si è invece verificato.

Sul Ministero non gravava, invece, alcun obbligo di dare informazione ai fiducianti in merito all'attività di vigilanza.

Di vero, la Corte di appello ha imputato al Ministero tre carenze informative:

- non aver avvertito i fiducianti *ex* Reno che la Previdenza era posseduta da S. al pari della Reno e ciò li esponeva a rischi;
- aver ritardato di cinque mesi la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale del decreto di revoca della Reno;
- non avere infine, nel comunicato stampa del 10 maggio 1985, "avvisato compiutamente dei rischi connessi alla effettiva situazione della Previdenza".

Quanto al ritardo nella pubblicazione del decreto di revoca, il ricorrente evidenzia come la Corte di appello abbia del tutto ignorato che già la sentenza a Sezioni unite n. 7339/98 aveva chiarito come non sussistesse alcuna norma che imponesse la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale del decreto di revoca (nello stesso senso e sempre per l'affare S. si era espressa la S.C. con sentenza n. 5477/95) e come tale principio fosse del tutto condivisibile dato che nessuna delle scarse norme vigenti (L. n. 1966 del 1939, art. 2 e R.D. n. 531 del 1940, art. 3) prescrive questo adempimento.

Per quanto concerne le altre attività informative indicate dalla Corte di appello, che parla di "violazione plurima di doveri di vigilanza e prudenza", cioè di imputazione della colpa sul piano soggettivo, non viene precisata la forma e non si indica mai la fonte.

Peraltro, si evidenzia ancora nel ricorso, la sent. n. 7339/98, pur dando un giudizio negativo del comunicato stampa del 10 maggio 1985, chiarisce che "il Ministero dell'industria poteva informare o meno mediante un comunicato stampa la generalità dei cittadini e i fiducianti in particolare dei risultati dell'attività di controllo svolta con riferimento alla Previdenza, ma una volta operata la scelta non poteva tacere fatti rilevanti" e tale precisazione inequivocamente indica che l'informativa alla generalità dei fiducianti era una mera facoltà e non già uno specifico obbligo di agire del Ministero.

Senza dire, comunque, che, per imputare un illecito, è necessario affermare positivamente e non semplicemente non escludere il nesso causale tra la condotta e l'evento (p. 52 - 54 ricorso).

3.- Con il terzo motivo (ulteriore violazione dell'art.

40 c.p. e art. 2043 c.c.; artt. 115 e 116 c.p.c.; e della L. 23 novembre 1939, n. 1966, art. 2 e R.D. 22 aprile 1940, n. 531, art. 3, in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3. Omessa o insufficiente motivazione su punti di fatto decisivi, in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 5), il Ministero sostiene che tutti gli strumenti di vigilanza e tutela previsti dalle norme vigenti furono utilizzati e che le informazioni obbligatorie in queste norme prescritte non hanno come destinatari i clienti della società, per cui la osservazione della Corte di appello, secondo la quale i fiducianti della Reno correvano un particolare rischio nell'accettare il trasferimento alla Previdenza, perché questa era controllata dal medesimo S. e, quindi, il Ministero avrebbe dovuto informarne la clientela, non individua di quale rischio si tratti.

Nella Reno s.p.a. fu rilevato solo uno stato di disordine amministrativo contabile.

In particolare, fu solo rilevata la mancata attribuzione a ciascun fiduciante delle quote degli investimenti (acquisti di quote di società terze) effettuati con il danaro da lui versato: nei rendiconti venivano, infatti, indicati soltanto l'ammontare dei versamenti fatti e dei rendimenti (PAG) maturati, ma non fu rilevato alcuno stato di insolvenza, tanto che la Reno ha sempre onorato i PAG e i rimborsi.

La Corte di appello non avrebbe esaminata la reiterata, documentata e incontestata affermazione del Ministero, secondo cui al momento della revoca dell'autorizzazione alla Reno non vi era alcun sintomo di insolvenza.

Si tratta, quindi, di omessa valutazione di un profilo di fatto potenzialmente decisivo ai fini di una obbiettiva valutazione operativa in cui si trovava il Ministero.

Perentoria risulterebbe, poi, la conclusione, in sentenza, secondo cui il trasferimento dei contratti alla Previdenza comportava un tale rischio a fronte del quale addirittura il Ministero avrebbe dovuto avvisare la generalità del pubblico.

Né è sufficiente osservare che anche la Previdenza era "posseduta" da S.

Il Ministero, si aggiunge nel motivo in esame, ha agito per evitare un ben preciso rischio: quello che, revocata l'autorizzazione alla Reno, il destino dei capitali dei fiducianti fosse affidato alla liquidazione volontaria della fiduciaria, la quale, perduta l'autorizzazione, non avrebbe più potuto proseguire l'attività di gestione e di investimento dei versamenti e avrebbe soltanto dovuto smobilizzare gli investimenti già fatti, per cercare di restituire con il ricavato i versamenti agli *ex* fiduciari e ciò senza alcun controllo ministeriale.

La cessione dei mandati alla Previdenza consentiva, invece, di proseguire la gestione, di impostare una contabilità più regolare di quella tenuta dalla Reno e soprattutto

to di non far venir meno il controllo ministeriale ed, all'uopo, si provvede a nominare un commissario permanente presso la Previdenza. (v.p. 17 - 19 ric.).

Omettendo di tenere conto di questa situazione e delle ragioni che hanno guidato la scelta del Ministero, la Corte di appello avrebbe omissso di esaminare, perciò, un elemento di fatto decisivo, quello, cioè, rappresentato dalla decisione dell'Amministrazione di scegliere la strada che appariva la più sicura.

Non si comprende, inoltre (altro difetto di motivazione e altra violazione dell'art. 40 c.p.) per quali ragioni l'osservazione del Ministero, secondo cui la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale sarebbe stata comunque inutile, dato che ben pochi la leggono, sia stata ritenuta "fuori luogo" dal giudice di appello, avendo essa un impatto comunicativo pressoché nullo: si può avere una opinione diversa, ma bisogna spiegarne il perché.

Ma, anche sul comunicato stampa del 10 maggio 1985, relativo alla situazione della Previdenza, ad avviso del Ministero, vi sono proposizioni nella sentenza impugnata non condivisibili.

In primo luogo, come rilevato dallo stesso CTU, il comunicato stampa costituiva un "episodio marginale", perché intervenne in un momento (maggio 1985) nel quale ormai, come si poté appurare in sede penale e nelle operazioni di liquidazione coatta, la Previdenza non sarebbe stata in grado di restituire nulla ad alcuno e, quindi, esso comunicato fu del tutto ininfluenza sul piano causale.

Già gli attori, in primo grado, avevano sostenuto che la Previdenza era una "scatola vuota".

La Corte di appello non avrebbe tenuto conto di tutto ciò e, quindi, sussiste la violazione degli artt. 115 e 116 c.p.c. e, di conseguenza, dell'art. 2043 c.c., mentre, trattandosi di un fatto decisivo, la Corte di appello avrebbe dovuto esaminarlo e motivare la propria conclusione con riguardo ad esso.

Né risponde al vero che il Ministero fosse a conoscenza dello stato predecozionale della Previdenza tanto che cinque mesi dopo, all'esito del procedimento iniziato con l'esperto all'ISVAP e proseguito con la richiesta di parere al Consiglio di Stato, pose la società in l.c.a. (v.p. 14 ricorso).

La liquidazione coatta amministrativa fu deliberata non per la insolvenza della società, che nel 1985 era del tutto ignota, tanto che lo stato di insolvenza fu dichiarato dal Tribunale solo nel 1988 e solo la perizia penale nel 1989 poté tracciare un quadro completo del dissesto; essa fu disposta per irregolarità amministrative, in quanto aveva svolto, di fatto, attività di ente di gestione fiduciaria, regolata dal testo unico delle assicurazioni private e inibita a semplici fiduciarie.

Non c'era alcuno stato di predecozione tanto che nella relazione del 23 novembre 1984 il commissario permanente L. riferì che la Previdenza aveva pagato sei miliardi a fronte di disinvestimenti da parte dei fiducianti.

Il che, se valutato compiutamente, avrebbe portato il giudice d'appello a conclusioni diverse.

Per pervenire alla certezza che la perdita per i fiducianti non si sarebbe verificata se essi fossero stati informati prima con la pubblicazione del decreto di revoca della autorizzazione alla Reno e, poi, con un comunicato di tenore diverso da quello del 10 maggio 1985 relativo alla Previdenza, il giudice d'appello ha del tutto ignorato il dato, emergente dalla CTU e dalla consulenza di parte, secondo cui, come poi si scoprì in sede penale, il sistema si autoalimentava nel senso che i PAG venivano corrisposti ai vecchi fiducianti attingendo ai capitali apportati dai nuovi fiducianti, mentre la redditività effettiva degli investimenti era largamente insufficiente a questo fine.

La Corte "non spiega" come in una situazione del genere i recessi da lei auspicati si sarebbero conclusi con il rimborso integrale del capitale investito dal recedente (p. 55 - 61 ricorso).

4.- Con il quarto motivo (violazione e falsa applicazione degli artt. 2043 c.c. e art. 43 c.p.; L. 20 marzo 1865, n. 2248, art. 4, all. E; L. 23 novembre 1939, n. 1966, art. 2; R.D. 22 aprile 1940, n. 531, art. 3, in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3. Omissa e insufficiente motivazione su punti di fatto decisivi in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 5), il Ministero si sofferma sull'elemento soggettivo, indicato, sulla scorta di S.U. n. 500/99, nel superamento dei limiti esterni alla discrezionalità amministrativa, conseguente alla violazione dei canoni di imparzialità, correttezza e buona amministrazione.

Ad avviso del Ministero, le affermazioni del giudice di appello secondo le quali "il Ministero era tenuto a proteggere i risparmiatori da ogni possibile pericolo di perdita del capitale affidato alle fiduciarie" e che "non può negarsi un pesissimo uso dei poteri di controllo e soprattutto di informazione sugli esiti delle varie ispezioni disposte" farebbero configurare la vigilanza, che è una funzione pubblica svolta nell'interesse generale, come una ipotesi di anomala obbligazione di garanzia, per cui sarebbe sufficiente il verificarsi di una perdita per dare azione di responsabilità (a questo punto contrattuale) contro l'amministrazione, cui incomberebbe l'obbligo di provare di non aver potuto impedire l'evento.

Al contrario, poiché nessun rapporto si crea tra l'autorità di vigilanza e i singoli clienti delle società vigilate, devono essere gli attori a provare la sussistenza del nesso di causalità e nessuna prova risulterebbe fornita al riguardo.

Avendo operato, come detto nel terzo motivo, una scelta a favore dei fiducianti per la vicenda Reno, per la

quale bisognava intervenire, come statuito dal Collegio per i reati ministeriali, la scelta si poneva all'interno del margine di valutazione spettante alla amministrazione, insindacabile dal giudice ordinario dato che in quella sede non fu dimostrato alcun macroscopico travalicamento dei principi di correttezza, imparzialità e buon andamento.

Per giungere all'affermazione di "una macroscopica colpa" il giudice di appello avrebbe dovuto esaminare la congruità della scelta tra esigenze contrapposte in cui l'amministrazione si era venuta a trovare, tenendo in debito conto che tutte le autorità dotate di pregnanti poteri (Procura della Repubblica, Consob, ISVAP) vennero tempestivamente informate dei risultati delle ispezioni e della vicenda Reno, ma nessuna ritenne di intervenire: il che confortava l'amministrazione nel proseguire la strada intrapresa.

Per quanto concerne la Previdenza, solo i limiti oggettivi dei poteri di indagine spettanti agli organi ministeriali, oltre che per la particolare insidiosità del meccanismo illecito posto in opera dallo S., hanno impedito di prevenire il dissesto.

Mancherebbe, nella sentenza impugnata, un analitico esame delle modalità di vigilanza attuata sulla Previdenza e una motivata critica di essa (p. 61 - 64 ricorso).

5.- Con il quinto motivo (violazione e falsa applicazione degli artt. 2056 e 1223 c.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3), in ulteriore subordine, il Ministero censura la sentenza impugnata nel capo in cui quantifica il danno assumendo come parametro di calcolo il capitale investito e i rendimenti promessi.

In estrema sintesi, si può evincere dalla formulazione del motivo che per il Ministero, poiché si versava in ipotesi di contratti di investimento di puro rischio, la perdita risarcibile non si può identificare con il capitale e con i rendimenti sperati, per cui il danno sarebbe stato risarcibile solo a seguito di una prova, che era obbligo degli attori fornire, sulle aspettative di conservazione e accrescimento del loro capitale in rapporto agli investimenti prospettati o ad investimenti similari.

6.- Il primo motivo è infondato.

Infatti, tutte le censure mosse nell'atto di appello alla decisione del giudice di primo grado muovono dalla asserita presenza di un generico rapporto di causalità tra le diverse condotte lesive addebitate al Ministero, in relazione alle modalità di esercizio dei poteri - doveri di vigilanza dello stesso e la incontrollata e completa dispersione del patrimonio, che quella vigilanza avrebbe dovuto impedire.

Alla stregua di queste censure deve ritenersi, dunque, insussistente il dedotto giudicato interno.

Infatti, quelle doglianze mettevano in discussione non solo le omissioni, ma anche quella parte della sentenza di

primo grado, conseguente alla valutazione dei fatti da parte del giudice, che negava esserci la prova della sussistenza del nesso di causalità tra ulteriori condotte del Ministero e il danno provocato.

In realtà, avendo gli appellanti denunciato l'inadempimento sotto vari profili, che il tribunale aveva disatteso o ritenuti irrilevanti, è evidente che nessun giudicato interno si era formato.

Così come va respinta la censura di ultrapetizione.

Infatti, contrariamente a quanto dedotto dal Ministero ricorrente, l'appello aveva rimesso in discussione l'intero giudizio di primo grado con riferimento a tutte le pretese omissioni, per cui il giudice di appello non poteva non estendere l'indagine a tutti i punti oggetto dell'impugnazione.

7.- Prima di esaminare partitamente i successivi motivi di ricorso ritiene il Collegio di esporre le seguenti considerazioni, partendo da una constatazione che formula lo stesso ricorrente Ministero, allorché parla di "scarne norme vigenti" all'epoca dei fatti.

Non si può non essere d'accordo - con specialistica dottrina - che la L. 23 novembre 1939, n. 1966 e il successivo decreto del 1940 rappresentano, per l'ordinamento italiano, il primo compiuto inquadramento sistematico delle società fiduciarie.

Ci sono stati, poi, occasionali interventi legislativi, che hanno riguardato profili di carattere specifico, sebbene l'intervento più significativo, come sottolineato dalla letteratura, sembra doversi fare risalire alla L. 7 giugno 1974, n. 216, come modificata dalla L. 23 marzo 1983, n. 77 e L. 4 giugno 1985, n. 251: in entrambe le leggi si tendeva a valorizzare la correttezza dell'agire dell'impresa.

Il Collegio, ai fini della normativa applicabile *ratione temporis* al caso in esame, ricorda anche quello che è stato definito l'intervento "pretorile" della Consob, con le comunicazioni del 10 settembre 1984 n. 84/11815; 10 giugno 1986 n. 86/08953.

Per quanto concerne il sistema di vigilanza, poi, in quel periodo l'attività di vigilanza della Consob si integrava con le funzioni istituzionalmente esercitate dal Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato come stabilito dalla L. n. 1966 del 1939, art. 2 e, tanto, almeno sino alla riforma delle stesse società fiduciarie, mentre, sotto il profilo negoziale, il fiduciante era legato all'impresa da un rapporto contrattuale nell'ambito del quale (v. comunicazione Consob n. 84/11815) gli obblighi delle fiduciarie sono vincolate ad analitica rendicontazione periodica delle operazioni compiute in esecuzione dei singoli contratti e a mettere a disposizione dei clienti un documento aggiornato, dal quale risulti in ogni momento la composizione analitica del portafoglio.

Le fiduciarie non possono non operare che nel rispetto delle leggi, delle clausole contrattuali e di quelle dettate dall'autorità di vigilanza.

A questi riferimenti normativi, che riguardano le fiduciarie, vanno poi aggiunte le norme che riguardano l'autorità di vigilanza, nel caso in esame, il Ministero, che si sostanzia non solo sulla L. 1966 del 1939, art. 2 e del R.D. n. 531 del 1940, art. 3.

Infatti, di esse va data una lettura alla luce delle norme costituzionali, che si rinvergono negli artt. 41, 47 e 97 Cost..

L'atto amministrativo, con cui la legge stabilisce che abbia inizio la funzione di vigilanza da parte del Ministero, è costituito dal decreto di autorizzazione all'esercizio delle predette società, di competenza del Ministero di concerto con quello di Grazia e Giustizia (ora Ministero della Giustizia), in assenza del quale le società stesse non possono iniziare le operazioni (art. 2).

Al riguardo il Ministero è dotato di assoluta discrezionalità (v. artt. 1 e 2 reg.).

La vigilanza del Ministero è esercitata prevalentemente attraverso l'esame dei bilanci, che le società fiduciarie hanno l'obbligo di trasmettere al Ministero entro un mese dall'approvazione, con un prospetto analitico delle principali poste dello stato patrimoniale ed altro.

Ove le società non ottemperino agli obblighi previsti, sempre di concerto con il Ministero di grazia e giustizia (ora, Ministero della Giustizia), il Ministero dell'industria può sospenderle dall'esercizio dell'attività autorizzata e, nei casi più gravi, può revocare l'autorizzazione (art. 4 reg.).

La disposizione è chiaramente ispirata anche dall'intento di tutelare i fiducianti.

Qualora l'autorità di vigilanza valuti che la società, nonostante la sospensione, non sia in grado di continuare ad amministrare regolarmente i beni anzidetti attraverso il proprio organo amministrativo e la struttura che da esso dipende, procede alla nomina del commissario permanente (Min. Industria circ. 7 dicembre 1981 n. 2851/C).

La revoca è un provvedimento definitivo, che ha come presupposto la irreversibilità della crisi.

8.- Entrando nel "merito" della attuale vicenda, il Collegio deve rilevare che ci si trova dinanzi ad una domanda risarcitoria, proposta contro la P.A. in quanto apparato, demandata a vigilare sull'attività delle fiduciarie, ma con potere discrezionale.

Sembra, quindi, opportuno affrontare il contenuto della discrezionalità, da un lato, e la correttezza delle modalità della vigilanza dall'altro, ovviamente entrambi alla luce dei principi costituzionali poc'anzi citati, ai quali non può non sottostare la P.A., atteso che, peraltro, l'art. 41

Cost., comma 1, fa espresso richiamo al principio fondamentale della dignità umana e rinvia al comma 2 alla legge per determinare i controlli opportuni perché l'attività economica, pubblica e privata, possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e che l'art. 47 Cost., comma 1, esplicitamente pone l'esigenza di tutela del risparmio in tutte le sue forme, per cui la Repubblica disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito.

8.1.- In ordine alla discrezionalità pura, che non è messa in discussione (e le sentenze di questa Corte, come si avrà modo di constatare in seguito, ormai ne sono certe, e non poteva essere diversamente), va precisato quanto segue.

Se la discrezionalità è vincolata dalla funzione che l'atto, da intraprendere o che si vuole intraprendere, va ad esplicare, pur sempre deve sussistere una relazione tra la categoria della doverosità e l'esercizio della discrezionalità, finalizzata alla tutela dell'alienità dell'interesse da curare; questa relazione non va soltanto descritta, ma deve essere dimostrata.

In altre parole, vi sono limiti generali, sempre ricorrenti, che comportano un esercizio dei poteri attribuiti alla P.A. in modo coerente rispetto al fine pubblico da soddisfare e tali limiti vanno rinvenuti negli artt. 97 e 47 Cost., alla cui luce trova esauriente legittimità di operatività l'art. 2043 c.c..

Ne consegue che il giudice, una volta accertata la illegittimità dell'atto o degli atti o dei comportamenti, commissivi od omissivi, perché contrari alla correttezza, al buon andamento, alla diligenza, se si tratta di una funzione di vigilanza, come nella specie, attraverso un giudizio prognostico, deve accertare che quanto operato o negletto dalla P.A. avrebbe dovuto essere fatto o negletto, per cui l'istante viene a vantare un diritto al risarcimento, perché ha subito un danno a causa del mancato ottenimento di un suo bene della vita meritevole di protezione.

Nel caso di specie, vi è un interesse legittimo qual è quello al concreto ed effettivo esercizio della vigilanza pubblica, funzionale alle esigenze (individuali) di tutela del risparmio e vi è l'astratta possibilità di un danno risarcibile per la lesione del bene della vita (individuale) sotteso al predetto interesse violato dall'omesso esercizio della predetta vigilanza.

8.2.- In ordine alla funzione di vigilanza, che la Costituzione definisce di "controllo", va detto che essa va identificata - come afferma in modo convincente la dottrina - non con riferimento ai suoi dati strutturali, che sono inconsistenti, ma a quelli funzionali.

La P.A., dotata della funzione/dovere della vigilanza, gode di un potere discrezionale quanto ai modi di esercizio della vigilanza ma, essendo comunque tenuta alla predetta

attività, non può scegliere modalità di azione che rendano solo apparente o formale, e perciò non incisiva, quella vigilanza.

Essa, in altri termini, non si esaurisce in un rapporto organizzatorio, ma deve risolversi in un tipo di attività (o se si preferisce una funzione) attribuita ad una figura soggettiva, in questo caso il Ministero, che deve svolgerla indirizzandola al contenuto precipuo dell'interesse pubblico da esso curato, attraverso atti conoscitivi, poteri-doveri di informazione, ispezioni, eventuale posizione di indirizzi gestionali, rimozione - e preposizione - di tutti o parte degli amministratori.

Si tratta di un "controllo" globale che si manifesta, tra l'altro, con atti, più o meno definiti in ordine alle "attività vigilate", con l'obbligo di costante informazione sulla figura soggettiva vigilata e la sua attività, anche attraverso relazioni periodiche, talora soggette ad approvazione specifica del vigilante, come nella specie.

Sul punto è emblematico quanto rileva e sottolinea il ricorso nelle sue pagine introduttive (p. 3-13).

9.- I motivi secondo e terzo, per loro consequenzialità logica, possono essere esaminati congiuntamente e vanno respinti per le considerazioni che seguono.

9.1.- Al riguardo, va posto in rilievo che questa Corte su questione identica è già intervenuta in precedente giudizio.

Con sentenza delle S.U. n. 7399/98 la Corte ebbe a ribadire il suo precedente (S.U. n. 5477/95), secondo cui l'attività della P.A., anche nel campo della pura discrezionalità, deve svolgersi nei limiti, posti non solo dalla legge, ma anche dalla norma primaria del *neminem laedere*, per cui in considerazione dei principi di legalità, imparzialità e buona amministrazione dettati dall'art. 97 Cost., la P.A. è tenuta a subire le conseguenze stabilite dall'art. 2043 c.c., atteso che tali principi si pongono come limiti esterni alla sua attività discrezionale, ancorché il sindacato di questa rimanga precluso al giudice ordinario.

La sentenza predetta prosegue nel rilevare che non tutti i comportamenti (passaggio dei contratti senza il consenso dei fiducianti, ritardo di pubblicazione del diritto di revoca alla s.p.a. Reno dell'autorizzazione all'esercizio di attività fiduciaria, lunga attesa nell'adottare qualsiasi iniziativa per aprire una procedura concorsuale nei confronti della Previdenza, pur potendosi attivare la P.A. con la richiesta di parere al Consiglio di Stato), addebitati al Ministero, potevano costituire violazione dei principi che si pongono come limiti esterni, perché non rientravano nei poteri che la legislazione vigente attribuiva al Ministero.

Nella sentenza di annullamento, quindi, si esclude la responsabilità del Ministero solo per alcuni dei fatti com-

missivi od omissivi allo stesso addebitati dal giudice del merito (e più precisamente di tutti gli addebiti ricollegati al potere di vigilanza) e non anche per gli altri numerosi comportamenti dedotti in quel giudizio.

La stessa decisione ha, quindi, solo negato, siccome lesiva di interessi legittimi, la possibilità di una responsabilità del Ministero per i comportamenti (allo stesso addebitati) di discrezionale esercizio del potere di vigilanza, che ad esso compete sulle attività fiduciarie di gestione.

Essa ha, invece, riconosciuto la astratta possibilità di una responsabilità della P.A. per le altre attività che a quella attività di discrezionale vigilanza non siano connesse.

Infatti, la sentenza ha espressamente considerato questi comportamenti e li ha individuati nella comunicazione fuorviante del 10 maggio 1985, nell'attività di inoltrare alla Procura della Repubblica di Roma e al Ministero di grazia e giustizia della richiesta della società Reno di sospensione della pubblicazione del provvedimento di revoca dell'autorizzazione, emesso dal Ministero dell'Industria nei suoi confronti, in considerazione della prossima cessione del portafoglio alla società Previdenza e nella comunicazione alla predetta Procura e al predetto Ministero del proprio provvedimento di nomina di un commissario liquidatore per il controllo della attività della Previdenza.

9.2.- A questa decisione è seguita la sentenza n. 2125/06, con la quale, su ricorso degli interessati, che si erano visti rigettare gli appelli in sede rescissoria, si sono respinti i ricorsi, condividendosi le argomentazioni della Corte del rinvio e precisandosi la irrilevanza in quel giudizio della sopravvenuta sentenza n. 500/99 sulla responsabilità della P.A. per la lesione da parte di atti illegittimi di interessi protetti, a causa dei limiti stessi del giudizio di rinvio.

9.3.- Dalla lettura coordinata delle due decisioni emerge che, ancorché illegittimi, alcuni comportamenti omissivi o commissivi del Ministero rientravano nella discrezionalità della P.A., e non erano fonte di per sé di diritto al risarcimento, perché, in sostanza, si tratta di attività che tutt'al più incide su interessi legittimi e tali interessi non erano risarcibili.

9.4.- L'intervento delle S.U. con la sent. n. 500/99 ha radicalmente innovato l'orientamento interpretativo, che faticava a venire alla luce per il consolidato orientamento contrario, pur con delle puntualizzazioni non indifferenti e di cui i giudici d'appello, con la decisione ora impugnata dal Ministero, hanno tenuto conto.

Hanno precisato le Sezioni Unite che, nei rapporti con la P.A., il danno prodotto da atti o comportamenti della P.A. deve considerarsi risarcibile, ai sensi dell'art. 2043 c.c., non solo nei casi in cui la lesione riguardi un interesse direttamente protetto dalla legge (e, perciò, dotato del-

la consistenza di diritto soggettivo), ma anche nei casi di lesione di interessi, correlati al bene della vita, da considerare meritevoli di tutela di fronte al contrapposto interesse pubblico ed alla discrezionalità del potere delle Autorità amministrative, che lo perseguono.

9.5.- Evidenziato lo stato attuale della giurisprudenza attinente al caso in esame, ritiene questo Collegio che i due motivi di ricorso, congiuntamente da esaminare per la loro stretta correlazione, siano infondati.

Invero, nel caso in esame, il presupposto giuridico per la configurazione di una responsabilità del Ministero è stato individuato, nella sentenza impugnata, nella violazione dei doveri di diligenza, prudenza e correttezza, commessa dalla P.A. nell'esercizio dei suoi poteri di vigilanza e di controllo, e nella conseguente violazione del principio del *neminem laedere* che, come visto, per giurisprudenza costante, costituisce limite esterno all'esercizio della discrezionalità amministrativa. L'obbligo del Ministero trova una sua fonte normativa specifica, allorché la sua attività di vigilanza, prevista dalla L. n. 1966 del 1939, viene interpretato alla luce della Costituzione.

La corte di merito, sulla scorta degli accertamenti del c.t.u., al quale si rifà espressamente, ha rilevato tre carenze informative ed un importante vizio di attività:

1) omesso esercizio, fino alla data del provvedimento di revoca della autorizzazione alla società Reno, di un effettivo potere di controllo, posto che quello esercitato è stato limitato ad una verifica sommaria e discontinua a fronte di un assetto normativo che, ancorché povero, avrebbe permesso al Ministro un più incisivo potere (p. 24 e 25 della sentenza impugnata);

2) omessa comunicazione ai fiduciari Reno che la Previdenza era di fatto posseduta da S. al pari della Reno e che ciò li esponeva a rischi (p. 21);

3) ritardo di cinque mesi della pubblicazione del decreto di revoca dell'autorizzazione alla Reno e della sua esecuzione (p. 25);

4) non aver avvisato compiutamente nel comunicato stampa del 10 maggio 1985 dei rischi connessi alla situazione della società Previdenza (p. 25).

Le omissioni anche informative, in cui è incorso il Ministero, ed i ritardi, come sopra accertati, concretano violazione di quei doveri di diligenza e correttezza cui la P.A., come apparato, è tenuta, in presenza dell'obbligo specifico di tutelare il risparmio (art. 47 Cost.) e senza trascurare che proprio per le società fiduciarie la vigilanza del Ministero era ed è una attività dovuta *ex lege*, in virtù cioè tanto di norme primarie come la suddetta legge, letta anche alla luce delle norme costituzionali, che pur riservando al legislatore ordinario l'apposita normativa, non mancano

di incisività, quanto di norme secondarie quali le circolari o i decreti ministeriali.

La sentenza impugnata, allorché dà rilievo alle carenze della azione di controllo ed informative ed al ritardo nella esecuzione del provvedimento di revoca della autorizzazione, non trascura di rilevare che esse configurano una "macroscopica colpa" omissiva, essendo esso Ministero demandato al controllo della regolarità del comportamento delle società, onde proteggere i risparmiatori da ogni possibile pericolo di perdita del capitale loro affidato.

Tale "macroscopica colpa" è ritenuta, dal giudice di merito, non già apoditticamente, come sostiene il Ministero, ma, se mai, sinteticamente, sulla base di quanto rinvenuto nella CTU, che costituisce l'asse portante dell'accoglimento della domanda risarcitoria, perché scandisce i tempi, le modalità e i contenuti dell'intervento del Ministero e offre chiarezza sull'intera vicenda e il Collegio ritiene, all'uopo, riportarne, per quel che interessa in questa sede, alcune considerazioni solo perché non solo richiamate, sia pure genericamente, nella sentenza impugnata, ma anche perché integralmente trascritte nella parte "in narrativa" del ricorso.

E, di fatto, rispondendo alla seconda parte del quesito b), inerente alla possibilità da parte del Ministero di percepire le irregolarità riscontrate dalla ispezione ministeriale conclusasi nel ... (verbale di ispezione amministrativa Levatino, Cuccia, Canalini, firmato in data 22 luglio 1983), testualmente, secondo quanto riportato nel ricorso, si afferma: "Tutto ciò premesso, la certezza e la permanenza delle irregolarità di Reno" (tra cui le principali sono quelle della commistione fra i movimenti finanziari inerenti alla gestione aziendale e quelli inerenti alla gestione fiduciaria, utilizzando cassa e conti correnti unici: la gravità di tale rilievo riposa essenzialmente sulla impossibilità di esercitare in modo incisivo la vigilanza, di evitare contestazioni da parte dei fiduciari e di provare lo svolgimento di attività fiduciaria, con esclusione di altre attività per le quali occorre apposita autorizzazione etc. - p. 15 ricorso) "si hanno, in ogni caso, dal luglio 1983: a conferma di quanto affermato, lo stesso Ministero redige il decreto di revoca di autorizzazione all'esercizio di attività fiduciarie e di revisione della Reno s.p.a. il ... (p. 16 ricorso).

A partire dal ... decade ogni dubbio sulla mancata percezione delle irregolarità e sull'autonomia di giudizio da parte del Ministero: le irregolarità si manifestano in tutta la loro gravità tanto da non lasciare spazio a fraintendimenti e interpretazioni soggettive" (p. 16 ricorso).

Ed, inoltre, rispondendo al quesito cosa avrebbe potuto porre in essere il Ministero per prevenire o limitare i danni, il CTU ritiene che "il passaggio dei contratti

dalla società Reno alla società Previdenza è solo un atto formale”.

“Non sembra valere neppure la motivazione che il passaggio sia stato agevolato dal Ministero per una migliore tutela dei fiducianti, poiché trattasi di un trasferimento giuridico dei contratti che ha lasciato i fiducianti sottoposti allo stesso rischio.

I danni sui contratti della Reno sono relativi a contratti stipulati prima della revoca dell'autorizzazione e, pertanto, prima del loro trasferimento in capo alla Previdenza.

In questa ipotesi i risparmi dei fiducianti, fino a prova contraria, avrebbero potuto essere recuperati con un intervento immediato piuttosto che con un trasferimento dei contratti da una società ad un'altra detenuta dallo stesso soggetto.

I fiducianti potevano essere tutelati, inoltre, comunicando agli stessi la reale situazione della Reno: in tal modo la conoscenza dello stato delle irregolarità non li avrebbe indotti a permettere il passaggio dei loro contratti in capo alla Previdenza.

La situazione della Reno era già celata dall'esiguità dei rimborsi chiesti dai fiducianti, che nella maggior parte dei casi, reinvestivano i PAG, considerando buone le condizioni contrattuali” (p. 17 ricorso).

Per i contratti stipulati con la Previdenza la tipologia del danno è costituita da caratteristiche ben diverse.

“Per il passaggio dei contratti viene utilizzata come società concessionaria la Previdenza s.p.a., che fino al ... era pressoché inutilizzata, data l'esiguità dei patrimoni amministrati”.

“Se alla Previdenza non fosse stato permesso di acquisire nuovi fondi in amministrazione i fiducianti non avrebbero subito ulteriori danni ai loro patrimoni” (p. 18 ricorso).

“In relazione a quanto esposto, riguardante le nostre conclusioni, riteniamo doveroso, come nota a margine, menzionare il comunicato - stampa n. ... che, volendo informare i fiducianti e le altre istituzioni, in effetti, si presenta come un documento evasivo e non in linea con la realtà dei fatti” (p. 18 ricorso).

E, dopo aver trascritto integralmente il comunicato, il CTU rileva che “il comunicato - stampa si rivela non del tutto opportuno e persino fuorviante, nonostante il tono rassicurante ed è stato emesso quando la situazione era già compromessa.

Lo definiremmo come iniziativa marginale, per il momento in cui è avvenuto, ma rappresenta la conclusione di un comportamento generale del tutto inappropriato” (p. 19 ricorso, ove si riportano le considerazioni del CTU da p. 54 - 62 relazione).

9.6.- Da quanto sopra riportato e trascritto si deduce che sia pure con motivazione sintetica, ma giuridicamente corretta, il giudice di merito ha ritenuto:

a) la sussistenza di un obbligo specifico di vigilanza del Ministero, stante una puntuale previsione normativa, per cui nel Ministero si individua, senza ombra di dubbio, il soggetto giuridico dell'obbligo di vigilanza, che nel contesto della vicenda, secondo l'apprezzamento della Corte di merito, con estrema superficialità ha agito nell'esercizio dei suoi poteri di vigilanza sulla società Reno, nonostante il manifesto disordine amministrativo dei suoi conti e, poi, omesso, una volta inequivocamente accertato nel ..., che quel disordine poneva in pericolo la trasparenza dei rapporti con i fiducianti, e giustificava la revoca dell'autorizzazione per l'esercizio della attività fiduciaria, di adottare con la dovuta tempestività i provvedimenti conseguenti, ulteriormente ritardando l'esecuzione dei provvedimenti, una volta (finalmente) adottati;

b) che questa non conformità dell'azione del Ministero alle regole minime di correttezza e diligenza, che avrebbero dovuto governare l'esercizio della sua attività di vigilanza, ha assunto il connotato dell'illecito, siccome lesivo dei diritti patrimoniali dei soggetti, che avevano affidato il loro danaro alla società Reno;

c) che questa condotta, non conforme all'ordine giuridico, ha prodotto una causalità giuridica e non solo legale, venendo a configurarsi la sua imputabilità al Ministero come presupposto dell'azione risarcitoria;

d) che tale causalità giuridica si configura *ex culpa*, perché l'evento dannoso risulta cagionato dal soggetto, il Ministero, con una serie “causale” di comportamenti del Ministero stesso, per cui, trattandosi di responsabilità da illecito, con l'aver accertato che la imputazione dello illecito è riferibile al Ministero, si concreta il collegamento tra evento dannoso e omissione;

e) che la negligenza della P.A. (in quanto difetto di prudenza, superficialità, ritardo) ha avuto incisiva rilevanza, in questo caso, perché il Ministero non ha seguito il “modello normativo” di tutela del risparmio che lo obbligava ad essere diligente, in quanto conosceva le circostanze che prevedibilmente portavano al rischio dei risparmiatori;

f) che le circostanze che emergevano dalle ispezioni, secondo i moduli e i canoni di esperienza della P.A. apparato, concretavano la possibilità di prevedere ed evitare la causa estranea dell'evento.

Come si è detto, l'iter logico come sopra riprodotto è perfettamente in linea con i principi che, secondo l'attuale orientamento giurisprudenziale di questa Corte, governano la responsabilità della P.A. per i danni prodotti a terzi dalla sua attività e per quelli, in particolare, dovuti ad il-

legittime carenze della attività di vigilanza eventualmente dovute.

Premesso che l'art. 2043 c.c., indica come "fatto" (doloso o colposo) il fatto causale di un danno ingiusto, nella specie la Corte territoriale, opportunamente utilizzando anche gli accertamenti del c.t.u. che il Ministero ricorrente non solo non contesta ma addirittura richiama nel suo ricorso riportandone i punti salienti del testo, ha indicato gli elementi di fatto che hanno consentito al giudice di procedere ad una individuazione della condotta omissiva della P.A., della colpa della stessa, del nesso causale, posto che il tempestivo intervento repressivo ed informativo avrebbe impedito sia la perdita dei risparmi affidati alla società Reno (che, come afferma il Ministero, fino al ... era in grado di restituire gli investimenti) sia i nuovi rapporti accesi dalla società Previdenza.

D'altra parte, poiché il presente giudizio è un giudizio risarcitorio per omessa vigilanza, ciò che conta non è tanto lo stato in *bonis* o meno delle due società, quanto gli elementi integranti la omessa vigilanza, tanto più che, anche a voler ammettere che non ci fossero state le condizioni per una imminente decozione della Previdenza, era obbligo del Ministero, attesa la finalità del suo compito discrezionale di vigilanza, che i fiducianti fossero, comunque, informati di tutte le circostanze in cui versavano le società.

Giova al riguardo evidenziare, per migliore chiarezza, che la causalità per omissione (art. 40 c.p., comma 2), e di cui si parla nei due motivi, si spiega, da un punto di vista generale, in quanto ha carattere esclusivamente giuridico, perché collegata con l'inadempimento di una obbligazione o con la inosservanza di un obbligo, proprio perché diverso è l'approccio civilistico e penalistico.

Ne consegue che, a tal fine, la responsabilità civile sorge indipendentemente dal fatto che la condotta del soggetto, causatrice del danno, subisca le delimitazioni penalistiche.

Nel caso in esame, si è lesa un obbligo giuridico o meglio non si è perseguito l'interesse pubblico alla tutela del risparmio, menomandosi, di riflesso, gli interessi privati dei fiducianti, che in quell'interesse e per quell'interesse si erano mossi nella certezza che esso fosse perseguito con una condotta trasparente, tempestiva e corretta, in osservanza dei principi di cui all'art. 97 Cost.

10.- Anche il quarto motivo, pur se suggestivo, risulta infondato.

La sentenza impugnata richiama la CTU che aveva rilevato la colpevole inerzia da parte del Ministero, al punto che si fa carico di evidenziare che se non si dovesse configurare la colpa "macroscopica" nel comportamento omissivo del Ministero "per un malinteso rispetto di una pretesa discrezionalità dell'attività di controllo prevista per leg-

ge, si verrebbe a svilire il senso stesso dei controlli anche ispettivi su cui il CTU ha più volte posto l'accento, per cui non può negarsi un pessimo uso dei poteri di controllo e soprattutto di informazione sugli esiti delle varie ispezioni disposte" (p. 26 sentenza impugnata).

È vero che la funzione di controllo non implica "garanzia" del buon esito delle attività di gestione delle società fiduciarie.

Ma, la funzione di controllo serve proprio a prevenire ed impedire forme illecite o anche solo irregolari delle predette società.

L'addebito che il giudice del merito ha mosso al Ministero non è quello di non avere vigilato sulla convenienza degli investimenti che le due società effettuavano (o meglio, non effettuavano) con il danaro che era stato loro affidato dai clienti, ma quello di non avere, anzitutto, controllato con la necessaria incisività, e non solo con procedure meramente formali e, perciò, inefficaci, le modalità di gestione e la trasparenza delle operazioni contabili, in tal modo lasciando che si perpetuasse quella forma fraudolenta di amministrazione (parziale distrazione degli investimenti occultata dal pagamento di rendite solo con il danaro dei nuovi investitori) solo successivamente accertata in sede penale, e quello, soprattutto, di non avere adottato, con la necessaria tempestività, le misure utili per troncamento radicalmente l'attività, una volta accertata, finalmente, l'inaccettabile modalità di gestione della contabilità, revocando l'autorizzazione alla società Reno con effetti immediati, e non differiti alla data di pubblicazione del decreto di revoca nella Gazzetta Ufficiale.

Né vale il richiamo che il ricorrente Ministero fa all'art. 43 c.p..

Infatti, la determinazione del modo di essere della colposità procede da presupposti del tutto diversi nei reati colposi e nel fatto illecito civile colposo.

11.- Il quinto motivo va accolto per quanto di ragione.

La Corte di merito ha liquidato il danno subito dagli attuali controricorrenti nella misura corrispondente all'intero importo dei capitali affidati alla società Reno e/o alla società Previdenza maggiorato dei frutti che quelle somme avrebbero prodotto dalla data dei versamenti fino alla data della liquidazione coatta amministrativa della società Previdente se fossero state investite nell'acquisto di BOT, rivalutando, poi, le somme predette dalla data della liquidazione coatta amministrativa della società Previdenza alla data del provvedimento giudiziario di liquidazione del danno (che nella sentenza si fa coincidere con quella del deposito della relazione del consulente tecnico - ...).

Tale criterio di liquidazione, nella misura in cui assegna alle parti danneggiate anche il diritto ad un tasso di

interessi corrispondente a quello dei BOT sin dalla data del deposito delle somme, è stato giustamente criticato dal Ministero ricorrente e deve per questa parte (e solo per essa) essere cassato.

Nella sentenza impugnata si chiarisce espressamente che il rapporto che la società Reno, prima, e la società Previdenza, poi, aveva stabilito con i propri clienti (cc.dd. fiduciari), odierni controricorrenti e ricorrenti incidentali, era stato quello di amministrazione fiduciaria del danaro da questi ultimi versato, attraverso intestazione fiduciaria, a suo nome, ma per conto dei clienti, di titoli azionari o di obbligazioni di altre società.

Nella sentenza impugnata, cioè, il rapporto delle due società con i propri mandanti (cc.dd. fiduciari) è ricondotto, senza che sul punto vi fosse contestazione, nell'ambito della amministrazione fiduciaria di beni mobili prevista e regolata dalla L. n. 1966 del 1939.

Non è chiarito se questo rapporto fosse stabilito con la formalizzazione di un preciso accordo sul piano di investimento, o senza quell'accordo, come sembra più verosimile, dato che nessuna delle parti fa riferimento ad accordi in tal senso.

La circostanza è, comunque, poco rilevante posto che, quale che fosse il piano di investimenti, certo è che, trattandosi, comunque, di investimenti in azioni od obbligazioni di altre società (non meglio indicate dalle parti né individuate nella sentenza impugnata), il rapporto fiduciario implicava necessariamente, e comunque autorizzava, investimenti con margini di rischio e possibilità di perdite.

Il rapporto di amministrazione fiduciaria così delineato, non poteva assicurare ai risparmiatori investitori, che alle società avevano consegnato il loro denaro per una amministrazione ed investimento produttivo, alcun diritto ad un utile garantito.

Ciò che, del resto, caratterizza, di regola, il rapporto con le società fiduciarie, in relazione al quale, in mancanza di specifica clausola derogatrice (quale, ad es. quella che riconosce al fiduciante il diritto a prelievi automatici garantiti, nella specie non accertata dal giudice di merito, perché, evidentemente, mai dedotta in quella sede) l'affidamento in amministrazione di somme di danaro non attribuisce, di regola al fiduciante l'aspettativa tutelabile ad un rendimento minimo dei titoli azionari o delle obbligazioni che, per suo conto, la società fiduciaria ha acquistato con il danaro ricevuto.

Il danno, dunque, che può essere legittimamente legato alla condotta illegittima (e lesiva degli altrui diritti) della Amministrazione, può essere solo quello della perdita del valore, alla data del fatto produttivo del danno, delle quote di investimento che le società fiduciarie avrebbero

ro dovuto restituire; in mancanza, la liquidazione non può che essere parametrata al valore nominale del capitale versato.

Si rivela, così, errato il riconoscimento, ai danneggiati, di una ulteriore voce di danno nella misura corrispondente al valore di utili che si sarebbero maturati, in pendenza del rapporto, e dalla data del versamento delle somme alle società fiduciarie, se il danaro fosse stato investito nell'acquisto di BOT piuttosto che in operazioni finanziarie sul mercato azionario ed obbligazionario privato.

La rilevata fondatezza, per il profilo come sopra specificato, del motivo in esame conduce alla cassazione sul punto della sentenza impugnata, senza necessità di rinvio, attesa la possibilità di una pronuncia di merito che, ai sensi dell'art. 384 c.p.c., si limiti a depennare dalle voci di danno quella degli interessi sui capitali versati nella misura corrispondente al rendimento dei BOT dalla data del versamento alle società fiduciarie alla data della liquidazione coatta amministrativa della società Previdenza, che ha segnato la definitiva ed integrale perdita dei capitali.

12.- Passando all'esame del ricorso incidentale condizionato, va detto quanto segue.

Con tale ricorso i resistenti addebitano alla Corte di merito di non aver considerato tra le cause di danno risarcibile anche la incuria, con la quale è stata gestita l'attività di vigilanza sulle società fiduciarie.

Il ricorso, a parte la sua evidente infondatezza nel merito, posto che nella sentenza impugnata non mancano i riferimenti anche alla sostanziale assenza di una incisiva vigilanza del Ministero, deve considerarsi assorbito, in quanto evidentemente condizionato all'accoglimento del ricorso principale sull'*am*. Al rigetto, sia pure parziale, del ricorso principale segue la condanna del Ministero, principale soccombente, al pagamento delle spese processuali che si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

La Corte:

Riunisce i ricorsi; rigetta i primi quattro motivi del ricorso principale, assorbito il ricorso incidentale; accoglie il quinto motivo del ricorso principale e, decidendo nel merito, esclude il diritto dei controricorrenti al lucro cessante nella misura del rendimento dei BOT dalla data dell'investimento a quello della liquidazione coatta amministrativa della Società LA PREVIDENZA;

condanna il ricorrente al pagamento in favore dei controricorrenti delle spese del giudizio in cassazione, che liquida in Euro 70.200,00, di cui Euro 200,00, per spese oltre spese generali ed accessori di legge.

Bermuda – Court of Appeal

## Sottoscrizione di quote di fondo di investimento e *Quistclose trust*

**Sottoscrizione di quote di un fondo di investimento – trasferimento di somme su di un conto corrente – finalità specifica del trasferimento – destinazione del conto corrente – trust – impossibilità di raggiungere lo scopo – “resulting trust” – “Quistclose trust”**

Nel caso in cui alcuni soggetti abbiano aderito ad un’offerta effettuata da un fondo di investimento e, di conseguenza, abbiano versato propri capitali su di un conto corrente intestato al fondo stesso e destinato esclusivamente alla raccolta delle somme necessarie per la sottoscrizione delle quote del fondo da parte degli investitori deve ritenersi che essi abbiano inteso perseguire una specifica finalità (*special purpose*) degna di tutela in *equity* ed idonea a far sorgere in loro favore un *Quistclose trust* ad esito della sopravvenuta messa in liquidazione del fondo di investimento prima dell’emissione delle quote cosicché le somme versate non si confondono nel patrimonio del fondo.

■ **Court of Appeal for Bermuda, Evans A.J., 19 novembre 2009 [Kingate Global Fund Ltd v Knightsbridge (USD) Fund Limited, Fortis Bank (Nederland), Standard Chartered Bank, The Bank of Bermuda Limited (HSBC)]**

### TESTO DELLA SENTENZA

1. At issue in these proceedings is the beneficial ownership of a total of US\$9 million held by the Bank of Bermuda in the account of Kingate Global Fund Ltd. (“The Fund”). The Fund is in liquidation and its liquidators are the Appellants in this appeal. Kawaley J. held that the beneficial owners are the Respondents, who paid the money to the Bank in the circumstances set out below.

2. There is no doubt that the payments were made to the Bank for the credit of the Fund’s account, and were received by the Bank and credited accordingly. The reason for the payments was that the Respondents sought to acquire shares in the Fund in response to a Private Offering of USD Participating Common Shares made by the Fund on 6 October 2008. The shares could not be issued, and the question now is whether the Respondents are entitled to recover the money, or whether it has become an asset of the Fund and is available for distribution in the liquidation accordingly. In legal terms, the issue is whether the payments were made to the Bank subject to a “special purpose” (or plain “purpose”) trust. If so, the purpose having failed, the money must be returned to the Respondents.

3. The law is clear. The parties differ as to its application in the circumstances of this case. The circumstances

were unusual, to the extent that the Fund was a “Feeder Fund” for a fund manager based in New York. “It issued shares to investors wishing to invest in Bernard L Madoff Investment Securities LLC (“BLMIS”) in New York” (judgment para.2). It was the arrest of Mr. Madoff on 11 December 2008 which made it impossible to issue the shares for which the Respondents had subscribed, and which led later to the insolvency and liquidation of both BLMIS and the Fund.

4. It is common ground that the issue turns on the true construction of the terms of the Offer, which incorporated a lengthy and detailed Information Memorandum and associated documents.

5. The principle has twice been restated by the House of Lords in modern times. In *Barclays Bank Ltd. v Quistclose Investments* [1970] A.C. 567(1) the Bank made a

.....  
Pubblichiamo il testo della sentenza dal suo originale. Manca il Sommario perché i fatti sono raccontati da Alberto Lupoi, *supra*, 386.

**Nota:**

(1) In questa Rivista, 2006, 626, con commento di E. Berti-Riboli, Il “Quistclose trust” da *Barclays Bank Ltd. v Quistclose Investments Ltd.* ad oggi, *ivi*, 2007, 53.

loan for the specific purpose of enabling its customer, a company in serious financial difficulties, to meet its obligation to pay an ordinary share dividend. The House of Lords held –

“That arrangements of this character for the payment of a person’s creditors by a third person, give rise to a relationship of a fiduciary character or trust, in favour, as a primary trust, of the creditors, and secondarily, if the primary trust fails, of the third person, has been recognised in a series of cases over some 150 years.” (per Lord Wilberforce at 580C).

6. It was re-examined in *Twinsectra Ltd. v Yardley and others* [2002] 2 A.C. 164 where money was paid to a solicitor against his “personal and irrevocable” undertaking, which was –

“1. The loan moneys will be retained by us until such time as they are applied in the acquisition of property on behalf of our client.

The loan moneys will be utilised *solely* for the acquisition of property on behalf of our client *and for no other purpose*.

We will repay to you the said sum [...] together with interest [...]” (see para.58).

7. It was held that the solicitor “held the money in trust for the lender subject to a power to apply it by way of a loan to the client in accordance with the undertaking with the result that the money remained the lender’s money until such time as it was so applied” (headnote para.(1)).

8. Lord Millett analysed carefully the question “*Was there a Quistclose trust?*” (para.68). He explained the background, as follows –

“68. Money advanced by way of loan normally becomes the property of the borrower. He is free to apply the money as he chooses, and save to the extent to which he may have taken security for repayment the lender takes the risk of the borrower’s insolvency. But it is well established that a loan to a borrower for a specific purpose where the borrower is not free to apply the money for any other purpose gives rise to fiduciary obligations on the part of the borrower which a court of equity will enforce. In the earlier cases the purpose was to enable the borrower to pay his creditors or some of them, but the principle is not limited to such cases. 69. Such arrangements are commonly described as creating “a *Quistclose* trust” [...] When the money is advanced, the lender acquires a right, enforceable in equity, to see that it is applied for the stated purpose, or more accurately, to prevent its application for any other purpose. Once the purpose has been carried out, the lender has his normal remedy in debt. If for any reason the purpose cannot be carried out, the question arises whether the money falls within the general fund of the borrower’s

assets, in which case it passes to his trustee in bankruptcy in the event of his insolvency and the lender is merely a loan creditor; or whether it is held on a resulting trust for the lender. *That depends on the intention of the parties collected from the terms of the arrangement and the circumstances of the case.*” (our italics).

9. In deference to Mr. Atherton’s submissions in the present case, we should add the following quotations from Lord Millett’s speech –

“73. A *Quistclose* trust does not necessarily arise merely because money is paid for a particular purpose. A lender will often inquire into the purpose for which a loan is sought in order to decide whether he would be justified in making it. He may be said to lend the money for the purpose in question, but that is not enough to create a trust; once lent the money is at the free disposal of the borrower. Similarly payments in advance for goods or services do not ordinarily create a trust. The money is intended to be at the free disposal of the supplier and may be used as part of his cashflow. Commercial life would be impossible if this were not the case.

74. The question in every case is whether the parties intended the money to be at the free disposal of the recipient: *In re Goldcorp Exchange Ltd.* [1995] 1 AC 74, 100 per Lord Mustill. His freedom to dispose of the money is necessarily excluded by an arrangement that the money will be used exclusively for the stated purpose [...] [citing Lord Wilberforce in *Quistclose* [...] “the word ‘only’ or ‘exclusively’ can have no other meaning or effect.”] [...] 76. [...] It is unconscionable for a man to obtain money on terms as to its application and then disregard the terms on which he received it [...] The duty is not contractual but fiduciary [...] because a person who makes the money available on terms that it is to be used for a particular purpose only and not for any other purpose thereby places his trust and confidence in the recipient to ensure that it is properly applied. This is a classic situation in which a fiduciary relationship arises, and since it arises in respect of a specific fund it gives rise to a trust”.

10. Lord Millett then examined the precise nature of the equitable interests arising in such a situation, and concluded that the trust is “an entirely orthodox example of the kind of default trust known as a resulting trust”. The borrower “has no beneficial interest in the money, which remains throughout in the lender subject only to the borrower’s power or duty to apply the money in accordance with the lender’s instructions.” (para.100). Lord Hoffman held that the money was held in trust “but subject to a power to apply it [...] in accordance with the undertaking” (para.13).

11. We note from the above that emphasis is placed, not so much on the existence of a purpose for which the money is paid (because that factor alone would include straightforward commercial transactions, such as payments in advance), as upon the fact that both parties intend that the recipient shall be free to use it as his own.

#### The payments

12. It is common ground that the Respondents made payments to the Bank for the account of the Fund on 28 November 2008, respectively the First and/or Second Respondents (Knightsbridge and/or Fortis) who paid US\$6 million and the Third Respondents (Standard Chartered) who paid US\$3 million, and that the payments were made in respect of Subscription Agreements responding to the Fund's Private Offering. These payments form part of the credit balance of more than US\$25 million held by the Bank to the Fund's account.

#### Construction

13. The issue turns, therefore, on the true construction of the Offer documents, principally the Information Memorandum, for it is these which reveal what the parties' intentions were. Kawaley J. examined them in detail, and concluded –

“47. I find that the subscription monies were received on implied terms that required Kingate to treat the monies as separate from their own assets until either (a) the subscription applications were granted or (b) the monies were returned because the applications were refused [...]

48. This conclusion, though it may accord with common sense and general notions of fairness, is ultimately obvious on an analytical reading of the relevant documentation [...]”.

14. The Fund described itself as “an open-end investment company organised as an international business company in the [B.V.I.] on February 11, 1994”. Its objective was “long-term capital appreciation” which was to be achieved by means of –

“*Stock/Options Trading*. The Fund seeks to obtain capital appreciation for its assets through the utilisation of a non-traditional stock/options trading strategy. The Fund is designed for long term investment. See “THE FUND – The Fund's Investment Objective and Investment Process.””.

15. The Offer was of “USD Class Participating Common Shares (the “USD Shares”) at a net price per USD share equal to the Net Asset Value (as defined herein) of

the USD shares [...] As of December 31, 2007, the audited Net Asset Value per Share of the USD Shares was U.S. \$421.37 and there were 6,429,431 Shares outstanding [...] Investors are referred to herein as “Shareholders””.

16. Simple arithmetic reveals that the Net Asset Value of the Fund at 31 December 2007 was assessed at more than US\$2.6 billion. The Minimum Initial Subscription was U.S. \$250,000.

17. The Manager of the Fund was Kingate Management Ltd., a Bermuda company, which “evaluates and monitors the Investment Advisor and, in general, provides all necessary management services to the Fund”. The Manager “may also manage directly the investment of a portion of the Fund's assets”.

18. Another company “located in Bermuda”, Citi Hedge Fund Services Ltd., was appointed as the Fund's Administrator, to administer “the day-to day activities of the Fund's operations, which include, without limitation, receiving subscriptions and processing redemption requests, calculating the Net Asset Value, responding to shareholder inquiries and similar matters”.

19. The core role of “Investment Advisor” was defined as follows –

“The Fund's assets are managed by a New York based NASD registered broker-dealer employing approximately 350 people and acting primarily as a market-maker in listed and unlisted stocks and convertible securities [...] The Investment Advisor utilizes a “split strike conversion” options strategy consistent with that of the Fund [...] The Investment Advisor has managed the assets of the Fund since its inception and it is anticipated that the retention of such Investment Advisor will continue [...]”

20. The Offer Documents include many cautionary warnings as to risks that were involved. Thus –

“Investment in the fund involves risk your attention is drawn to the risk factors and conflicts of interest detailed herein”

“The purchase of USD Shares is speculative and involves a high degree of risk. There is no assurance that the Fund will continue to be profitable [...]”

“Certain risk factors

Achievement of Investment Objective

There can be no assurance that the Fund will continue to achieve its investment objective or that the Manager or the Investment Advisor will continue to succeed in achieving the Fund's investment objective [...]

Dependence on the Manager

“All decisions with respect to the general management of the Fund are made by the Manager, who has complete authority and discretion in the management and control

of the business of the Fund, including the authority to delegate all investment management decisions to the selected Investment Advisor [...] As a result, the success of the Fund for the foreseeable future will depend largely upon the ability of the Manager, and no person should invest in the Fund unless willing to entrust all aspects of the management of the Fund to the Manager, having evaluated its capability to perform such functions.

#### Dependence on the Investment Advisor

The Manager has delegated all investment duties with regard to USD Shares to the Investment Advisor. As a result, the success of the Fund for the foreseeable future will depend on the ability of the Investment Advisor to achieve the Fund's investment objective. Neither the Manager nor the USD Shareholders have any control over the investment and trading decisions of the Investment Advisor, and no person should invest in the Fund unless willing to entrust all aspects of the investment management of the Fund to the selected Investment Advisor, having evaluated its capability to perform such functions [...]

#### Trading Strategies of the Investment Advisor

The Fund is a single-advisor fund and the overall success of the Fund depends upon the ability of the Investment Advisor to be successful in its own strategy [...]

#### Special Techniques used by the Investment Advisor

The Investment Advisor uses special investment techniques that may subject the Fund's investments to certain risks [...]

*Risks of Lack of Independent Data.* The Investment Advisor's strategy, involving split strike conversions, is a unique investment program, and is often not well followed by the Wall Street Community. Accordingly, there is very little independent data available to assist a prospective investor in his analysis of the Fund [...]

#### Possibility of Fraud or Misappropriation

Neither the Fund nor the Custodian has actual custody of the assets. Such actual custody rests with the Investment Advisor and its affiliated broker-dealer. Therefore, there is a risk that the custodian could abscond with these assets. There is always the risk that the assets with the Investment Advisor could be misappropriated. In addition, information supplied by the Investment Advisor may be inaccurate or even fraudulent. The Manager is entitled to rely on such information (provided they do so in good faith) and is not required to undertake any due diligence to confirm the accuracy thereof."

21. The sole relevance of these provisions for present purposes is that they make it clear, beyond any possibility of doubt, that the Offer was intended to attract funds

which would be managed by the Investment Advisor, that is to say, the unnamed and otherwise unidentified New York broker-dealer who had managed the Fund from inception. Funds received for this purpose were treated as subscriptions for shares in the Fund as a limited company, and the price of each share was the Net Asset Value of the Fund divided by the number of shares outstanding i.e. issued but not redeemed at the relevant date, which was essentially the time of subscription (see further below). The payments were made with the object of increasing the amount available for investment by the New York "Investment Advisor".

22. (We were informed that there were perhaps five other 'Feeder Funds' of this type connected with Mr. Madoff's company. We do not know whether those others had the same relationship with his company, but the pattern is clear. Funds subscribed would be actively managed by the broker/dealer in New York, and the role of the local Manager, if not simply nominal, would be very limited indeed. It is striking that there was an express exclusion of liability for the 'Manager' in the event of misrepresentation or even fraud by the Investment Advisor (see 'Possibility of Fraud or Misappropriation' above)).

23. At this point, we should note that the terms of the Offer provided for payment of a "Subscription Charge", as follows –

"A sales charge of up to five percent (5%) of the amount invested is payable on subscription of the USD Shares, but such charge may be waived in whole or in part at the sole discretion of the Manager."

It also stated that the Fund paid a monthly fee to the Manager (1.5% of the month-end NAV), "customary fees" to the Administrator and Directors' fees "in accordance with reasonable practice".

24. Having identified the purpose for which the payments were made, we come to the central part of the inquiry: what were the parties' intentions as to the basis on which the moneys would be held by the Bank for the account of the Fund? Were they at the free disposal of the Fund? Or were they held for the specific purpose of acquiring shares in the Fund, and thereafter being added to the Fund's assets in New York, and for no other purpose? If the latter, upon the acquisition of shares becoming impossible, the moneys are held for the Respondents by the Bank.

25. It is necessary at this stage to say more about the procedures for the acquisition and redemption of shares, as set out in the Offer documents.

#### 26. Subscriptions

"Generally. The USD Shares may be purchased as of the first Business Day [...] of the month (herein the "Sub-

scription Date”) at a price equal to the Net Asset Value per USD Share as of the last Business Day of the immediately preceding calendar month (the “Valuation Date”), plus any applicable subscription charges [...] The Fund may (i) discontinue the offering [...] at any time [...] *Procedure.* [...] The acceptance of subscriptions of [sic] the commencement of each month is subject to (i) receipt by the Administrator of completed Subscription Forms by the last Business Day prior to the Subscription Date [...] and (ii) confirmation of the receipt of cleared funds by the Bank at the latest by the Subscription Date. The Fund reserves the right to accept or reject subscriptions at its absolute discretion [...] As part of the Administrator’s and the Fund’s responsibility for protection against money laundering, the Administrator may require a detailed verification of the identity of a person or entity applying for Shares.”

27. The Anti Money Laundering provisions, as might be expected, require verification of subscribers and they entitle the Administrator to require further information and compliance with statutory and other requirements. They conclude –

“If within a reasonable period of time [...] the Administrator has not received evidence satisfactory to it as aforesaid, it may, in its absolute discretion, refuse to allot the USD Shares applied for in which event subscription monies will be returned without interest to the account from which such monies were originally debited, refuse to process a redemption request, or otherwise proceed in accordance with applicable laws. Subscription monies may be rejected by the Administrator if the remitting bank or financial institution is unknown to the Administrator.”

28. The Subscription Instructions required payment in full “at latest by the Subscription Date” and further provided as follows-

“Confirmation

Confirmations will be sent to Subscribers showing the details of each transaction. The USD Shares will ordinarily be issued in respect of accepted applications at the Net Asset Value [...] per USD Share as of the last Business Day of the month following the date on which the Fund has verified the receipt of the cleared Funds.

A Share Certificate will be issued only if specifically requested by the Subscriber.”

29. The Subscription Agreement forming part of the Offer documents includes a warranty by the Subscriber, if an individual person, that he has an individual net worth in excess of US\$1 million, that he has knowledge, expertise and experience in financial matters to evaluate the risks of investing in the Fund, and that he can bear the risk of loss of his entire investment. It also contains what

the Judge rightly regarded as the most directly relevant of this multitude of provisions –

“(u) Subscriptions. The Subscriber acknowledges that the Fund reserves the right to reject in its absolute discretion this and any other Subscription for Shares in whole or in part, in any order, at any time prior to a Subscription Date (as defined in the Information Memorandum), notwithstanding prior receipt by the Subscriber of notice of acceptance of the subscription. If the Shares are oversubscribed, the Fund will determine in its sole discretion which subscriptions shall be accepted. If this subscription is rejected or if the sale of the Shares is not completed for any reason (in which event this subscription shall be deemed to be rejected), the Fund shall as soon as practicable return any funds transferred by the Subscriber (without interest) along with this Agreement and any other documents delivered by the Subscriber.”

30. The subscription is “for as many Shares as may be purchased for the amount indicated below and subject to the provisions of the Memorandum and Articles of Association”.

31. The Articles of Association include –

“11. The Company shall allot and issue shares only upon receipt by the Company or its authorised agents of an application in such form (including minimum amount) as the directors may from time to time determine [...]”

“14. No shares shall be issued during any period when the determination of Net Asset Value of shares of that class or series is suspended pursuant to Regulation 62 hereof.”

“55. The Net Asset Value of a class of shares, for the purpose of issuing and redeeming shares, shall be determined by or under the direction of the Administrator with the concurrence of the directors as at each applicable Valuation Date [...]”

“59. The directors may suspend the determination of Net Asset Value of a class of shares, and consequently may suspend the right of members to require the Company to the [sic] issue or redeem shares of that class, for the whole or part of any period when [...]”.

32. Redemptions

The shares were not traded on any market, so an investment could only be realised under the Redemption process described in the Offer document as follows –

“Redemptions

*Generally.* Redemptions may be made as of the last Business Day of each calendar month (herein the “Redemption Date”) upon [35] days’ prior notice, at the Net Asset Value as of the Redemption Date. Settlements are generally made within [30] days after the Redemption Date [...]”.

33. Under the heading “Settlements”, in the section on “Certain Risk Factors”, the Information Memorandum provided –

“[...] during the period between submitting a notice of redemption and obtaining settlement, the redemption proceeds remains [sic] at risk of loss, without interest, and under certain circumstances, such proceeds may be required to be restored to the Fund.”

34. Articles 44 to 54 were concerned with the Redemption of Shares; Article 47 has been quoted above.

35. Finally, the Offer Documents identified the Bank as “the Fund’s banker for purposes of receiving subscription funds, disbursing redemption payments and processing cash transactions not directly related to the Fund’s portfolio. Additionally, the assets of the Fund represented by the USD Shares (“the USD Assets”) are held in the Custody of the Bank pursuant to a Custodian Agreement [dated May 1, 2000].”

#### Construction – a provisional view

36. In our judgment, on the correct interpretation of these provisions, and having regard to the fact that Subscribers sought to be shareholders because that was synonymous with becoming Investors in the Fund, there is no justification for inferring that the Subscription monies were intended to become the company’s i.e. the Fund’s money before that status was achieved. The monies were paid to the Bank for that purpose and that purpose alone. It is not easy to identify any circumstances in which the Fund might seek to use the money “as its own”. Its own expenses were intended to be covered by the Subscription Charge payable to it (when Subscriptions were accepted) and by the fees payable to the Manager and the Administrator, again when Subscriptions were accepted. The possibility that the Fund might use leverage or borrow money for investment purposes was theoretical not real, and in any event its ostensible powers to do so have to be reconciled with forthright statements that all the Fund’s assets were held and administered by the Investment Advisor in New York.

37. We therefore agree with the Judge that on the true construction of the documents the answer is “ultimately obvious”. “Ultimately,” because no conclusion can be reached until these lengthy and complex documents have been perused. “Obvious”, because as a matter of common sense there is no reason to suppose that either party, the subscribers or the Fund, expected the investment to be made, or the Subscribers to become shareholders, before the applications were accepted. There was never any intention that the money should be used for any other purpose.

38. We are impressed by the anti money laundering provisions, which profess that the Fund would be ultra-cautious to avoid accepting any application supported by subscription monies whose origin or provenance was doubtful. This is a strong indication, in our judgment, that the Fund would not regard such moneys as its own until it was satisfied on this count.

39. There was express provision for the Bank account into which the payments were to be made. This was not described as a segregated account, but its purposes were specified. They were, to receive and hold subscription funds and to disburse redemption moneys. These both suggest that the account would hold moneys that were on their way either into or out of the Fund. Those moneys by definition would not form part of the Fund itself, nor was there any reason why they should be used by the company for any other purpose of its own. The third category is unclear – “cash transactions not directly related to the Fund’s investment portfolio”. Whatever else it may mean, this does not suggest payments made by the Fund in the course of its own business – and if it does, why is it limited to cash payments only? In our judgment, these last words do not detract from the impression that subscription funds and redemption moneys are the shareholders’ money, not the Funds’.

40. Mr. Atherton relied upon the fact that the subscriptions held by the Bank apparently were included as assets in the Fund’s accounts. He accepted that the accounts also included the Fund’s liability to repay the subscribers, but nevertheless, he submitted, this showed that the Fund regarded the money as its own. This submission, however, is of little, if any, weight because, as Channell J pointed out in *Henry v Hammond* [1913] 2 KB 515, “the only use of looking at the facts to see whether in the particular case he has kept the money as a separate fund is to see whether he has recognised his obligation, the obligation itself being the essential thing” (page 521).

41. The Judge considered the redemption provisions in greater detail than this judgment has done, and concluded that they indicated a positive intention that, in the event of insolvency, the moneys should be returned to the Subscribers; in other words, that the Subscriber retained beneficial ownership of them. This conclusion reinforces the overall view we have stated above. We also agree with him that the omission of any reference to the risk which materialised in the present case is significant and helpful to the Respondents.

42. Both Mr. Atherton and Mr. Lyons made submissions based on the precise wording of various of the provisions to which we have been referred. For example, Mr. Atherton distinguished between references to the sale,

allotment and issue of the shares, and to the circumstances in which the directors were entitled to suspend the Net Asset Valuation exercise provided for in the Articles. None of these submissions, in our judgment, is inconsistent with the conclusion we have reached. The facts are straightforward. The subscribers did not become shareholders, nor could they ever be, when the procedure for assessing the relevant Net Asset Value was suspended, and could never be revived.

#### Further authorities

43. Our provisional view, however, is subject to consideration of further authorities on which Mr. Atherton for the Appellants relied. These include cases where judges held that subscription monies paid in advance or as part-payment for a company's shares was the company's money, notwithstanding that no shares were issued.

44. Counsel helpfully have referred us to much of the line of authority upon which Lord Wilberforce relied in *Quistclose*. First was *Toovey v Milne* (1819) 2 B. & A. 683, a common law judgment a contractual analysis and what the Judge regarded as "a fair decision". Then *Moseley v Cressey's Co.* (1865) L.R. 1 Eq. 405 where the Vice-Chancellor held that a "deposit" paid on account of a purchase of shares became the company's money, notwithstanding that no shares were allotted and the prospectus included "Deposit returned if no allotment made". In *Stewart v Austin* (1866) L.R. 3 Eq. 299, before the same Vice-Chancellor, the Attorney General perhaps understandably submitted that the doctrine of a 'purpose trust' "has been long exploded", and the same conclusion was reached. The decision in *Moseley's* case was followed in the Australian cases of *In re Fada (Australia) Ltd.* [1927] S.A. State Reports 590, and more recently in another Australian judgment, in *Re Associated Securities Ltd.* (1981) 6 ACLR 248 (Supreme Court of NSW) where Needham J. came close to saying that it established a rule, that "in an ordinary case" money paid to a company for a projected share issue becomes the property of the company.

45. Meanwhile, in England, in *In re Nanwa Gold Mines Ltd.* [1955] 1 WLR 1080 Harman J. held that the beneficial interest remained with the subscribers, where the prospectus stated that the application moneys would be refunded "and meanwhile held in a separate account". He distinguished *Moseley's* case on that ground, and he also pointed out that the supposed rule derived from that case, if it existed, had been abrogated by statute in England so far as listed companies were concerned (see section 51(3) of the Companies Act 1948). More recently, a 'special pur-

pose trust' was established in different circumstances i.e. not share allotment cases, in *Neste Oy v Lloyd's Bank plc* [1983] 2 Lloyd's Rep.658 (Bingham J.) and *Cooper v PRG Powerhouse Ltd.* [2008] EWHC 498 where Evans-Lombe J. helpfully reviewed the authorities in some detail.

46. Mr. Atherton disclaimed any suggestion that he was contending for a rule of law, to the effect stated by Needham J. in *Re Associated Securities* in 1981. Rather, he submitted that *Moseley's* case and others which have followed it have established that, absent special circumstances and express provisions in relevant documents, the circumstances in a share allotment case are such that the principle does not apply. It is a fine distinction, but one that we can recognise.

47. Nevertheless, in our judgment it would be wrong to categorise cases and to hold that, because it is a particular kind of case, the trust does or does not arise. It is probably for this reason that *Moseley's* case has been distinguished (as by Harman J. in *In re Nanwa Gold Mines*) and effectively put to one side (as by Lord Wilberforce in *Quistclose* [1970] AC at 581B). Whether that be correct or not, we do not find it a helpful precedent in the vastly different circumstances of the present case.

48. We should also refer, finally, to Mr. Lyons's submission that *Moseley's* case was wrongly decided, and whether it is right, as he asked rhetorically, that a person's money should be used to pay the company's creditors, before that person becomes a shareholder and so entitled to a share in the company's profits. He reminded us of the basic principles of incorporation established in *Trevor v Whitworth* (1887) 12 App. Cas. 409 and *Salomon v A. Salomon & Co. Ltd.* [1897] AC 22. However, we reject that submission, essentially for the reasons we have stated above. We do not consider that it is conceptually impossible that money paid to a company in respect of a projected issue of shares should be received by the company as its own. *In re Fada (Australia) Ltd.* perhaps demonstrates this, particularly in relation to the payments made by existing shareholders for further shares already allocated to them. But the basic principle, now clearly stated in *Twinstetra*, is that the existence or otherwise of a "purpose" trust depends on the circumstances of the individual case, and specifically upon the true construction of the terms on which the payment was made. We have endeavoured to apply that principle in the present case, and the Judge did also.

49. We hold that his judgment was correct, and we dismiss the appeal. We also direct that the Appellants shall pay the Respondents their costs of the appeal, but this is subject to any representation made in writing within seven days from when this judgment is handed down.

## Trust per la realizzazione di un ospedale

di Gabriella La Torre - Raffaella Sarro

Il trust, in virtù della sua estrema versatilità, rappresenta oggi in Italia un utile strumento per gli operatori anche con riferimento al Terzo Settore.

Gli istituti di diritto interno finora impiegati per la realizzazione di finalità benefiche sono stati prevalentemente due, donazione(1) e fondazione(2); ad essi oggi si affianca il trust, presentandosi come una valida alternativa agli stessi.

## ■ Fatto ed esigenze delle parti in causa

Luca è un ricco vedovo di Genova, alla soglia dei novant'anni, con un importante patrimonio costituito da immobili e liquidità e con un unico parente, un nipote cinquantenne, Marcello, senza moglie né figli. Ex imprenditore, non nuovo a munifiche elargizioni nei settori della sanità e dell'infanzia, Luca è divenuto soprattutto negli ultimi anni un "imprenditore del bene".

Luca si sente prossimo alla fine della sua esistenza e come ultimo atto liberale vorrebbe parzialmente finanziare (con un contributo pari a dieci milioni di euro) la costruzione di un nuovo padiglione destinato a poliambulatori e reparti di degenza all'interno dell'istituto ospedaliero Giannina Gaslini di Genova.

Il tempo stimato per la realizzazione dell'opera è, però, di almeno tre anni e Luca è timoroso che la propria morte possa impedire l'attuazione del suo proponimento.

È, inoltre, intendimento di Luca:

- dotare di certezza di risultato il suo progetto, assicurando, altresì, che l'edificio e l'antistante giardino siano intitolati a lui e alla moglie;
- garantire la più assoluta separazione del patrimonio da esso conferito per la realizzazione dell'opera rispetto a quello dell'ospedale;
- continuare ad esercitare un controllo sia sull'esecuzione dell'opera da parte dell'ospedale, sia sugli investimenti finanziari da finalizzare alla realizzazione dell'opera;

– destinare al nipote Marcello eventuali capitali residuanti una volta ultimata la realizzazione dell'opera.

L'istituto Giannina Gaslini, a sua volta, ha già espresso a Luca la disponibilità ad intitolare l'edificio in questione alla memoria sua e della di lui moglie Rebecca e a mantenere tale impegno anche se l'ultimazione dell'opera dovesse avere un costo superiore alla somma erogata da Luca. L'ospedale ha, però, bisogno di avere certezza dell'erogazione totale della somma concordata con Luca per avviare i lavori, atteso che, senza tale prezioso contributo, il progetto non sarebbe attuabile per mancanza di fondi sufficienti.

**Gabriella La Torre** - *Avvocato in Firenze.*

**Raffaella Sarro** - *Avvocato e Chief Trust Officer in Aletti Trust S.p.A., Milano.*

Il testo riproduce la relazione, con modificazioni, presentata al convegno "Trust, viaggio nella prassi professionale, fra interessi privati, fini pubblici e benefici", organizzato dall'Associazione "Il trust in Italia", svoltosi a Firenze il 22 febbraio 2010.

## Note:

(1) Sulla natura dell'obbligazione fiduciaria del trust rispetto alla donazione si rimanda a M. Lupoi, *Trusts*, I ed., Milano, 1997, p. 463 s.: "Vi è fiducia, innanzitutto, quando il fiduciante ha la certezza morale che la propria volontà sarà adempiuta [...] Da questa certezza morale scaturisce l'assenza di una precisa determinazione del programma commesso al fiduciario [...]. La volontà espressa dal fiduciante prevale su qualsiasi requisito legale, anche imperativo, rispetto al quale appare preminente il valore che socialmente giustifica il negozio, cioè la fiducia [...]"; A. Palazzo, *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983; M. Lupoi, *I trust nel diritto civile*, in *Trattato di Diritto Civile diretto da R. Sacco, I diritti reali*, vol. 2, Torino, 2004.

(2) Per la differenza tra fondazione e trust si rimanda ad A. Zoppini, *Fondazione e trust (spunti per un confronto)*, in I. Beneventi (cur.), *I trusts in Italia oggi*, Milano, 1996, p. 147 s.: "Il trust è infatti un vincolo, imposto dalla volontà o dal giudice, che ha come termini di riferimento oggettivi e soggettivi il trustee e la trust property. La fondazione è, invece, un soggetto di diritti, titolare del proprio patrimonio, che, come tutte le persone giuridiche deve realizzare il proprio scopo [...]"; M. Lupoi, *Trusts* [supra, nota 1], p. 164 s.: "Le differenze tra trust e fondazioni sono profonde [...]. La fondazione, nell'ordinamento italiano, non può avere per scopo l'utilità del fondatore o di determinati beneficiari; essa infatti è consentita solo se persegue utilità sociali (altrimenti non sarebbe meritevole di tutela da parte dell'ordinamento giuridico) [...] anche le fondazioni familiari devono trovare nell'utilità sociale una loro giustificazione [...]. La fondazione, a differenza del trust, è persona giuridica [...] la separazione del patrimonio della fondazione da quello degli amministratori è una conseguenza dell'autonomia patrimoniale perfetta che deriva dal riconoscimento governativo [...]"; P. Piccoli, *I trusts e figure affini in diritto civile. Analogie e differenze*, Vita not., 1998, I, 785, a p. 791; R. Sarro, *Le risposte del trust*, Milano, 2010.

## ■ Le soluzioni di diritto interno: donazione modale e fondazione

Quando Luca ha manifestato i suoi desideri è stato preventivamente verificato se all'interno del nostro ordinamento esistesse un istituto giuridico o più istituti che combinati fra di loro potessero soddisfare le sue esigenze, e ciò nella convinzione che il trust debba essere utilizzato solo in via residuale, ovvero quando gli istituti di diritto interno non soddisfano o soddisfano solo parzialmente le esigenze delle parti(3). In particolare, l'attenzione si è soffermata su due istituti ben conosciuti:

- la donazione;
- la fondazione.

Partendo dalla donazione ed escludendo per ovvie ragioni la donazione pura e semplice (in quanto la stessa avrebbe consentito all'istituto, una volta apprese le somme, di destinarle, anche parzialmente, ad altri progetti con l'eventualità che l'opera voluta da Luca restasse incompiuta), è stata analizzata la percorribilità di una donazione modale(4).

Il *modus* è un onere o peso che il donatario subisce per volontà del donante e può consistere tanto nell'obbligazione di erogare una parte o persino tutto il suo vantaggio patrimoniale per un dato scopo, quanto nell'obbligazione di compiere un'azione in favore del donante o di un terzo. L'onere dà vita ad un'obbligazione in senso tecnico e, di conseguenza, si applicano alla fattispecie tutte le norme in tema di adempimento delle obbligazioni (art. 1176 e s. cod. civ.). Ne consegue che il beneficiario di esso potrà agire in giudizio per costringere il donatario all'adempimento e per ottenere il risarcimento del danno. Inoltre, al fine di rendere ancora più forte la posizione di Luca nell'atto di liberalità, si sarebbe potuta espressamente prevedere la risoluzione della donazione per inadempimento del *modus*(5). Anche,

### Note:

(3) M. Lupoi, L'atto istitutivo di trust. Con un formulario, Milano, 2005.

(4) "In tema di donazione con disposizione modale, deve ritenersi che l'onere, a differenza della semplice raccomandazione, si concreta nella costituzione di un rapporto obbligatorio in senso tecnico, come tale giuridicamente coercibile, con la conseguenza che il donatario è tenuto alla esecuzione della prestazione dedotta in contratto. Da questo punto di vista la disposizione modale resta normalmente soggetta alla disciplina generale delle obbligazioni, tranne per quelle norme, naturalmente, che presuppongono l'esistenza di una ben diversa situazione negoziale a prestazioni corrispettive": Cass., 8 giugno 1962, n. 1402, Mass. Giur. it., 1963, 543; "Mentre nella donazione sottoposta a condizione l'avvenimento futuro ed incerto, al cui verificarsi è subordinata l'efficacia o la ri-

soluzione del contratto, non forma oggetto di obbligazione per l'obiettiva incertezza della realizzazione dell'evento previsto come condizione, nella donazione modale l'onere imposto al donatario costituisce vera e propria obbligazione, con la conseguenza che la mancata sua esecuzione, quando sia determinata da inadempimento imputabile al donatario, può essere causa di risoluzione della donazione se in tale atto la risoluzione stessa sia preveduta": Cass., 30 marzo 1985, n. 2237, Riv. not., 1986, 1158.

Una parte della dottrina ritiene il *modus* come elemento accidentale e accessorio della donazione: U. Carnevali, La donazione modale, Milano, 1969; A. Marini, Il *modus* come elemento accidentale del negozio gratuito, Milano, 1976; altra corrente dottrina vede nella donazione modale un contratto con prestazioni corrispettive nell'ipotesi in cui il modo abbia costituito l'unico motivo determinante: C. Grasseti, La donazione modale e fiduciaria, Milano, 1941; la tesi prevalente invece ritiene che il *modus* donativo ha, al pari del *modus* testamentario, una sua autonomia giuridica: G. Contursi Lisi, Delle donazioni, in Commentario del codice civile, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna - Roma, 1976, A. Palazzo, Le donazioni, Artt. 769-809, Milano, 1991.

(5) "L'inadempimento modale è al pari dell'inadempimento di una vera e propria obbligazione e quindi si ritiene che esso non debba essere determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile all'onerato ed anzi nel caso contrario, di non imputabilità dell'inadempimento, il *modus* si considera come non apposto, alla stregua della regola in materia di onere impossibile, e la donazione conserva la sua efficacia": Cass., 4 dicembre 1962, n. 3261, Foro it., 1963, I, 38; "La risoluzione della donazione per inadempimento dell'onere imposto al donatario è consentita, ai sensi dell'art. 793 c.c. comma 4, solo in ipotesi di espressa previsione nel relativo atto, e non anche, pertanto, come nel diverso caso della disposizione testamentaria (art. 648 c.c.), per il fatto che l'adempimento del *modus* sia stato motivo determinante dell'attribuzione patrimoniale": Cass., 29 maggio 1982, n. 3329, Foro it., 1983, I, 765; Cass., 30 marzo 1985, n. 2237 [supra, nota 4].

La Corte di Cassazione ha inoltre affermato che, ai sensi dell'art. 794 cod. civ., rende nulla la donazione modale solo l'impossibilità originaria dell'onere, ossia già esistente all'atto della stipulazione, ove l'onere stesso ne abbia costituito l'unico motivo determinante, mentre quella sopravvenuta non può produrre altro effetto che l'estinzione del *modus*, facendo sì che con l'estinzione del *modus* la donazione ne resti liberata, salva l'ipotesi, disciplinata dall'articolo 793, IV comma, che le parti abbiano espressamente previsto la risoluzione per inadempimento dell'onere e quest'ultimo sia divenuto impossibile per fatto e colpa del donatario: Cass., 17 aprile 1993, n. 4560, Corriere giur., 1993, 955; "Nella donazione modale l'inadempimento dell'obbligo di trasferimento dei beni donati non determina effetti risolutivi, salvo che sia prevista la restituzione dei beni al donante o ai suoi aventi causa": Cass., 26 maggio 1999, n. 5122, Giur. it., 2000, 258; "Mentre l'azione di adempimento dell'onere imposto dalla donazione può essere proposta da chiunque vi abbia interesse (in quanto è la volontà del donante che viene protetta e si chiede che venga realizzata), la domanda di risoluzione per inadempimento dell'onere anzidetto può essere esclusivamente proposta dal donante o dai suoi eredi e soltanto nel caso che essa sia stata espressamente prevista dall'atto di donazione, rimanendo esclusa la legittimazione di qualsiasi altro titolare del diritto e, quindi, anche del cessionario (in quanto si è inteso attribuire la valutazione dell'opportunità di richiedere la risoluzione per inadempimento soltanto al donante e, dopo la sua morte, ai suoi eredi, considerati come continuatori della personalità del donante e, quindi, gli unici in grado di apprezzare le ragioni dell'inadempimento con riguardo allo spirito di liberalità da cui era animato il loro dante causa)": Cass., 29 gennaio 2000, n. 1036, Giust. civ., 2000, I, 1693; "La risoluzione non ha luogo ipso iure al verificarsi dell'inadempimento, ma ope iudicis. Al riguardo il legislatore ha attribuito soltanto al donante ed ai suoi eredi la legittimazione ad esercitare la relativa azione. Devono quindi ritenersi privi di legittimazione il legatario ed anche gli eventuali creditori del donante che gli si vogliono sostituire in via surrogatoria [...] La sentenza che pronuncia la risoluzione della donazione dà vita ad una nuova situazione giuridica ed ha, pertanto, natura costitutiva": A. Palazzo, Le donazioni, Artt. 769-809 [supra, nota 4].

In tal senso, Notaio Piero Biglia di Saronno, suo intervento al Convegno su "Trust in favore dei soggetti deboli", organizzato da AIAF, svoltosi in Genova, l'11 giugno 2009.

però, con tali accortezze, la soluzione “donazione modale con l’aggiunta di una clausola risolutiva di cui all’art. 793 cod. civ.” destava perplessità soprattutto in quanto avrebbe consentito di realizzare solo uno degli obiettivi di Luca, ovvero vincolare le somme messe a disposizione dallo stesso esclusivamente alla realizzazione della finalità benefica da esso indicata, evitando che esse potessero essere utilizzate dal beneficiario per scopi difformi.

Non sarebbe, invece, stato possibile:

- proteggere le somme destinate alla finalità benefica, evitando che esse si confondessero con il patrimonio residuo del beneficiario e potessero, così, essere aggredite;

- ottenere la restituzione da parte dell’ospedale di quanto eccedente rispetto alla realizzazione del progetto o, di converso, programmare un piano di erogazioni continuative a seconda delle evoluzioni del progetto, anche successive alla morte di Luca, con i fondi da quest’ultimo preventivamente messi a disposizione per il completamento del progetto medesimo;

- verificare nel corso del tempo l’attuazione del progetto benefico, con la possibilità di sospendere le erogazioni in caso di accertata impossibilità totale o parziale di realizzazione del progetto stesso.

Luca avrebbe, inoltre, dovuto rinunciare a qualsiasi controllo sugli investimenti finanziari effettuati sulle somme da lui erogate in attesa dell’impiego delle stesse per la realizzazione del poliambulatorio; inoltre, sarebbe stata preclusa una sua partecipazione attiva nella gestione del progetto con erogazioni periodiche subordinate alla verifica degli stati di avanzamento lavori.

Nella denegata ipotesi, poi, di inadempimento (poiché la risoluzione non ha luogo *ipso iure* al verificarsi dell’inadempimento, ma *ope iudicis*), avrebbe dovuto rivolgersi alla tutela giurisdizionale con tutte le immaginabili conseguenze, non ultima quella relativa al decorso del necessario periodo di tempo in relazione alla sua età avanzata.

Altra problematica da non dimenticare è quella ricollegabile alla sopravvenuta impossibilità, per causa non imputabile al donatario, dell’adempimento del *modus*(6).

Il dato legislativo mostra una lacuna difficilmente colmabile nel far riferimento alla generica espressione “impossibilità” senza fare alcuna differenza tra impossibilità originaria o, appunto, sopravvenuta.

Notevoli dubbi si addensano, infatti, sul tipo di invalidità ascrivibile al contratto nel caso di *modus*

affetto da impossibilità sopravvenuta, quando ovviamente il *modus* abbia costituito il solo motivo determinante la volontà del donante.

La tesi dominante, la quale ritiene applicabile l’articolo 1256 cod. civ., afferma la validità e l’efficacia della donazione anche nell’ipotesi in cui il *modus* abbia costituito motivo determinante e non sia addebitabile all’onerato alcuna responsabilità per l’inadempimento.

Per i motivi sopradescritti è stato pertanto ritenuto non adeguato il semplice strumento della donazione ancorché vi fosse apposto un *modus* od inserita una clausola risolutiva espressa.

Passando alla percorribilità della seconda ipotesi, ovvero la costituzione di una fondazione, anche tale soluzione è stata accantonata in quanto, se pure corrispondente alla volontà di Luca di creare, in relazione ai beni da destinare allo scopo benefico, un patrimonio separato, la natura imprenditoriale di Luca e, comunque, il suo desiderio di mantenere un’impronta forte sulla gestione, unitamente ad una equivalente elasticità nella scelta degli investimenti, rendeva evidente la scarsa rispondenza della fondazione all’intento del benefattore.

L’istituto in oggetto, infatti, prevede controlli di natura pubblicistica(7) che mal si adattano ai presupposti di cui sopra.

#### Note:

(6) Agli effetti stabiliti dall’articolo 794 cod. civ. la disposizione modale che accede ad una donazione deve essere valutata globalmente con riguardo anche agli elementi accidentali, quali il termine, che connotano o completano la prestazione dovuta dal donatario, per stabilire se la prestazione era impossibile *ab origine* o lo è divenuta posteriormente alla donazione, nella quale ultima ipotesi, perché l’onere possa essere ritenuto non apposto, occorre che la causa dell’impossibilità della prestazione non sia imputabile al donatario obbligato: Cass., 22 giugno 1994, n. 5983, Giust. civ., 1995, I, 280, 3.

È stato precisato che, comunque, il debitore non può pretendere di essere liberato dall’obbligazione assunta adducendo l’impossibilità sopravvenuta dovuta al fatto del terzo: App. Lecce, 18 maggio 1972, Giur. it., 1975, I, 2, 340.

Secondo la prevalente giurisprudenza e dottrina, “La nullità della donazione viene causata solo dall’impossibilità originaria dell’onere, cioè dall’impossibilità già esistente al momento della conclusione del contratto, mentre quella sopravvenuta produce l’estinzione della sola obbligazione nascente dal *modus*, facendo sì che la donazione ne resti liberata; ciò è peraltro dovuto alla ineliminabile considerazione che nel nostro ordinamento positivo il concetto di nullità (che è quello testualmente adoperato nell’articolo 794) attiene esclusivamente al momento genetico e mai a quello funzionale del negozio, sicché non è concepibile che un accordo negoziale diventi nullo in forza di un evento successivo al suo perfezionamento”: G. Capozzi, Successioni e donazioni, Milano, 2004, p. 1589.

(7) L’intervento dell’autorità governativa nella gestione dell’amministrazione di una fondazione, ai sensi dell’art. 25 cod. civ. ha finalità e portata  
(segue)

Luca aveva, inoltre, manifestato l'intendimento di inserire una disposizione a favore del nipote Marcello quale beneficiario di quanto fosse eventualmente residuo una volta realizzata l'opera.

Tale libera volizione di Luca si sarebbe posta in netto contrasto con il rigido dirigismo dello scopo relativo alla devoluzione finale del patrimonio della fondazione(8).

Inoltre l'urgenza del disponente di attuare il suo proponimento non avrebbe trovato piena soddisfazione poiché per quanto attiene alla fondazione la dottrina dominante sostiene un periodo di quiescenza tra il momento della stipula dell'atto costitutivo fino a quello del riconoscimento(9).

## ■ La scelta del "trust" e le peculiarità dell'operazione

Esclusa l'opportunità, nel caso di specie, sia della donazione che della fondazione, l'analisi si è, quindi, spostata sul trust, portando alla conclusione che l'istituzione di un trust avente come scopo quello di contribuire alla realizzazione dell'opera sopradescritta ed il conferimento al trustee dell'intera somma stimata per perseguire tale finalità (con il conseguente impegno di quest'ultimo verso l'ospedale per l'importo erogato) rappresentavano la soluzione ideale. Ciò in quanto si riuscivano, così, a realizzare gli obiettivi di Luca, anche se questi fosse mancato prima del completamento del padiglione, nonché quelli dell'ospedale, che avrebbe acquistato certezza che la somma concordata con Luca sarebbe stata vincolata alla realizzazione del progetto e avrebbe potuto, così, avviare i lavori.

L'operazione è stata strutturata in tre fasi: *in primis* si è proceduto alla redazione dell'atto istitutivo e alla sua sottoscrizione da parte del disponente; dopo qualche settimana il disponente ha segregato in trust la liquidità concordata con l'ospedale necessaria a realizzare il progetto; vi è stato, quindi, un contratto tra il trustee e l'ospedale. In tale contratto il trustee si è obbligato a versare all'istituto ospedaliero l'importo concordato (secondo le modalità e i tempi indicati nell'atto istitutivo) e l'ospedale, a sua volta, ha confermato gli impegni assunti verso il disponente in merito alla realizzazione dell'opera ed alla sua intitolazione a Luca e alla di lui moglie, nonché accettato la legittimazione del trustee ad agire nei suoi confronti per l'adempimento delle varie obbligazioni assunte, ivi comprese quelle relative all'intitolazione.

Per meglio comprendere la fattispecie, di seguito

si riportano le caratteristiche più significative dell'atto istitutivo di trust, nonché del contratto tra il trustee e l'ospedale. L'atto istitutivo di trust prevede:

– disponente e primo guardiano del trust: Luca, che in tale ultima veste può, così, essere parte attiva del progetto e collaborare con il trustee nell'attuazione dello scopo del trust. Dopo la sua morte o sopravvenuta incapacità il ruolo di guardiano sarà assunto congiuntamente dal nipote di Luca e da un'associazione locale a sostegno dell'infanzia;

– trustee: Aletti Fiduciaria S.p.A. che, alla luce dell'ingente importo destinato al progetto e della presenza di un ente pubblico, è stata ritenuta da Luca il soggetto che garantiva maggiore affidabilità(10);

– la finalità del trust, coincidente nel contribuire alla costruzione di un padiglione ospedaliero all'in-

### Note:

(continua nota 7)

ta diverse, più estese e penetranti, rispetto ai provvedimenti adottati dall'autorità giudiziaria, essendo preordinato a normalizzare compiutamente, con i poteri che la legge attribuisce all'autorità amministrativa, la situazione dell'ente, al di fuori della contrapposizione delle parti in contrasto: Cons. Stato, 19 aprile 1974, n. 291, Cons. Stato, 1974, I, 582.

La dottrina prevalente ritiene che il controllo pubblico sulle fondazioni sarebbe preordinato alla protezione dell'interesse dell'ente. L'esigenza di un controllo pubblico si ricollegerebbe al fatto che nella fondazione manca "un congegno interno alla struttura dell'ente che consenta una correzione o regolarizzazione della gestione [...] manca un controllo interno analogo a quello che nelle corporazioni viene esercitato o dalla collettività dei membri o da organi di controllo che dalla stessa emanano. L'autorità governativa interviene qui a tutela di un vincolo di destinazione di diritto privato, la sua azione è volta ad assicurare che il patrimonio di fondazione sia effettivamente destinato allo scopo voluto dal fondatore. L'azione dell'autorità governativa rientrerebbe nell'amministrazione pubblica del diritto privato": M. R. Morelli, *La giurisprudenza sul codice civile*, Milano, 2005, p. 505.

(8) "Per quanto concerne le fondazioni, si ritiene non consentita una clausola secondo cui, in caso di estinzione, i beni residui tornino al fondatore o siano devoluti ai suoi eredi. L'autonomia concessa al fondatore sarebbe perciò circoscritta alla possibilità di indicare non persone fisiche, ma enti che perseguano fini analoghi, cui i beni residui andranno devoluti, in mancanza provvederà l'autorità governativa": G. Cian – A. Trabucchi, *Commentario breve al codice civile*, Padova, 2009, p. 26.

In riferimento poi all'articolo 32 cod. civ.: "La previsione dell'articolo 32 c.c. si riferisce ad una fondazione non riconosciuta, in quanto gli atti, qui impropriamente definiti come donazioni o lasciti, imprimerebbero sui beni donati o lasciati un vincolo reale e non solo personale, di destinazione, vincolo che impedirebbe all'ente di utilizzare di utilizzare i beni per uno scopo diverso da quello al quale sono stati destinati e di disporre per l'epoca in cui avesse cessato di esistere": G. Cian – A. Trabucchi, *Commentario breve al codice civile* [supra, in questa nota].

(9) Per il collegamento tra atto costitutivo e atto di riconoscimento si rimanda al commento di A. Angiuli, *I limiti al collegamento tra l'atto amministrativo di riconoscimento della personalità giuridica e il negozio privato di fondazione*, Giust. civ., 2005, I, 1919.

(10) Il trustee nominato è stato successivamente sostituito: v. Tribunale Genova, 29 marzo 2010, supra, 408.

terno di un ospedale genovese specializzato nella cura di bambini;

– la durata del trust: pari al tempo necessario per la costruzione dell'opera sopraindicata o all'accertamento da parte del trustee che lo scopo si è rivelato impossibile da raggiungere, in tutto o in parte;

– la legge di Jersey, come legge chiamata a regolamentare il rapporto nascente dal trust. Tale scelta rinviene il suo fondamento nel fatto che il diritto dei trust di Jersey sancisce la validità del trust di scopo *non charitable* (a condizione che vi sia un soggetto legittimato a pretendere l'adempimento dell'obbligazione nei confronti del trustee(11) denominato *enforcer*: guardiano). Secondo la legge di Jersey risulta, infatti, confermata la possibilità per il disponente di istituire trust "misti", prevedendo una *charity* per un determinato periodo di tempo, decorso il quale il fondo residuo risulti destinato a coloro che il disponente abbia a suo tempo designato;

– l'impiego da parte del trustee delle somme segregate in trust da Luca e dei redditi da esse derivanti per realizzare lo scopo del trust. Più specificamente, l'atto di trust contiene a riguardo una clausola *ad hoc* in virtù della quale il trustee effettua i versamenti all'istituto ospedaliero funzionali alla realizzazione dell'opera voluta da Luca in relazione allo stato di avanzamento dei connessi lavori, di volta in volta certificato dall'ospedale e verificato dal guardiano;

– il costante colloquio tra guardiano e trustee per la gestione degli investimenti finanziari effettuati a valere sul fondo in trust;

– l'esistenza di un beneficiario del residuo, individuato da Luca nel nipote Marcello, qualora dovesse avanzare delle disponibilità al completamento dell'opera sopraindicata.

Quanto ai contenuti del contratto tra il trustee e l'ospedale, ovvero del cosiddetto atto di assegnazione, si riscontrano in esso le seguenti obbligazioni:

– il trustee si obbliga a versare all'ospedale l'importo concordato secondo precise modalità e tempistiche;

– è prevista la corresponsione di interessi a carico del trustee per eventuali ritardi nell'erogazione delle somme richieste dall'ospedale; parimenti, se l'ospedale non impiegherà tempestivamente le somme ricevute, dovrà investirle in titoli di stato con relativa imputazione degli interessi alla costruzione dell'opera;

– a fronte di quanto pattuito e a condizione che il trustee versi complessivamente all'ospedale l'importo di dieci milioni di euro, l'ospedale si obbliga, a pre-

scindere dal costo complessivo dell'opera, a realizzare quest'ultima e intitolarla al benefattore e alla di lui moglie;

– l'ospedale espressamente accetta che il trustee sia legittimato ad agire nei propri confronti per l'adempimento delle varie disposizioni di cui sopra, ivi comprese quelle relative alla intitolazione.

## ■ I risvolti impositivi

Relativamente ai profili impositivi dell'operazione, per quanto riguarda l'atto istitutivo di trust si può rilevare che lo stesso è stato assoggettato ad imposta di registro in misura fissa, essendo atto privo di contenuto patrimoniale(12). Parimenti, anche all'atto di segregazione in trust della liquidità necessaria per la realizzazione dello scopo del trust e al successivo trasferimento di liquidità da parte del trustee all'istituto Giannina Gaslini non è stata applicata alcuna imposta; la ragione di tale trattamento fiscale si rinviene nella natura particolare del soggetto beneficiario delle somme che, in quanto ente pubblico, è esentato in virtù dell'art. 3 del D. Lgs. 31 ottobre 1990, n. 346 dall'applicazione del tributo successorio(13).

### Note:

(11) Art. 12 Trusts (Jersey) Law 1984: "Trust per scopi non caritatevoli. Un trust non è in alcun modo invalido in forza di quanto disposto dall'art. 11(2)(a)(iv) se le Disposizioni del Trust dispongono per la nomina di un *Enforcer* in relazione ai suoi scopi non caritatevoli (*non - charitable purposes*) e per la nomina di un nuovo *Enforcer* in ogni momento in cui non ve ne sia uno", traduzione a cura di E. Barla De Guglielmi - P. Panico - F. Pighi, La legge di Jersey sul trust, Trusts, Quaderni, n. 8, Milano, 2007. A differenza del diritto inglese, che ammette unicamente i *trust for charitable purposes*, che sono considerati validi a condizione che essi perseguano finalità *charitable* elencate nel Charities Act 2006, nella legge di Jersey non si riscontra tale rigidità nell'indicazione delle particolari finalità *charitable*. Per un approfondimento della Legge di Jersey sul trust, cfr. E. Barla De Guglielmi - P. Panico - F. Pighi, La legge di Jersey sul trust [*supra*, in questa nota].

(12) In tal senso cfr. G. Franson - N. de Renzis Sonnino, Teoria e pratica della fiscalità dei Trust - Dottrina, casi e soluzioni operative, Trusts, Quaderni, n. 9, Milano, 2008; G. Semino, Il momento di applicazione delle imposte indirette nei confronti del trust, in questa Rivista, 2009, 157; Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 22 - 2007/T, approvata dalla Commissione studi tributari il 12 ottobre 2007, ivi, 2008, 434.

(13) In tal senso, cfr. G. Franson - N. de Renzis Sonnino, Teoria e pratica della fiscalità dei Trust [*supra*, nota 11]; G. Semino, Il momento di applicazione delle imposte indirette nei confronti del trust [*supra*, nota 11]; Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 22 - 2007/T [*supra*, nota 11].

## Un caso di “manutenzione” del trust: la sostituzione del trustee

di Domenico Parisi

Si pubblica (con la relativa nota di trascrizione) l'atto di nomina di un nuovo trustee che presenta diversi spunti di interesse, sia sotto il profilo dell'individuazione del soggetto competente alla nomina, ai sensi della legge regolatrice, sia per quanto riguarda la tassazione dell'atto e le modalità con le quali è stata attuata la pubblicità nei registri immobiliari.

### ■ Premesse. Le vicende del trust

L'atto qui pubblicato riguarda un trust(1) istituito nel 2005 dal socio accomandatario di una società in accomandita semplice (che chiameremo Giovanni) allo scopo di favorire ed incentivare l'adesione dei creditori sociali ad un accordo di ristrutturazione dei debiti, assicurandoli che il patrimonio personale dello stesso, all'uopo conferito in trust, rimanesse vincolato per il soddisfacimento dei loro crediti fino al termine (31 dicembre 2008) entro il quale egli riteneva possibile una liquidazione della società alternativa e maggiormente efficiente rispetto ad una procedura esecutiva tradizionale, e tale da consentire il soddisfacimento di tutti i creditori. Qualora il piano di rientro non avesse avuto l'esito sperato e vi fossero stati creditori insoddisfatti alla scadenza di tale termine, il trustee avrebbe liquidato il fondo in trust per la loro soddisfazione.

Successivamente all'introduzione dell'art. 182 bis nel R.D. 16 marzo 1942, n. 267, “legge fallimentare”, avvenuta dopo l'istituzione del trust, l'accordo di ristrutturazione dei debiti fu formalizzato ed omologato dal Tribunale.

La funzione di trustee fu inizialmente assunta dallo stesso disponente, dal momento che nella prima fase di questo trust non era prevista alcuna attività da parte del trustee diversa da quella di mera conservazione.

L'atto istitutivo prevedeva sin dall'origine che, ove allo scadere del termine del 31 dicembre 2008 vi fossero stati creditori insoddisfatti, la funzione di trustee sarebbe stata assunta da un trustee professionale

di espressione bancaria (che chiameremo “Fiduciaria Alfa”), in grado di svolgere l'attività di liquidazione del patrimonio in modo indipendente e professionale nonché di offrire idonee garanzie quanto alle sue responsabilità.

Tale “trustee successivo” intervenne fin dall'atto di istituzione del trust e accettò sin da allora l'incarico, a maggior garanzia dei creditori.

Le vicende di questo trust sono già state in passato oggetto di attenzione di questa Rivista. Infatti, dopo qualche tempo dalla sua istituzione, alcuni creditori della società iniziarono una procedura esecutiva pignorando beni personali del disponente conferiti in trust. Questi formulò opposizione all'esecuzione contestando il diritto dei creditori a procedere all'esecuzione forzata su tali beni, in quanto detenuti quale trustee e pertanto costituenti un patrimonio separato rispetto al suo personale.

Il Giudice dell'Esecuzione presso il Tribunale di Reggio Emilia sospese il processo esecutivo con ordinanza in data 14 maggio 2007(2) ed è ad oggi tuttora pendente il giudizio di merito relativo a tale opposizione, nel corso del quale si segnala un'interessante ordinanza in tema di capacità del trustee a testimoniare(3).

Ma la storia di questo trust non è finita.

La Fiduciaria Alfa, infatti, poco tempo dopo la scadenza del termine del 31 dicembre 2008, decorso il quale avrebbe dovuto assumere le funzioni di trustee, ha ritenuto opportuno dimettersi, in considerazione delle vicende accadute dopo la sua istituzione, onde consentire la nomina di un altro trustee profes-

Domenico Parisi - Avvocato in Genova e vincitore dell'ultimo concorso notarile in attesa di nomina.

#### Note:

(1) L'atto di sostituzione del trustee è pubblicato *infra*, 446; a seguire è la relativa pubblicità immobiliare, *infra*, 449. Per un commento al trust, ci si permette di rinviare a D. Parisi, Trust a garanzia dei creditori che aderiscono ad un piano di ristrutturazione dei debiti, in questa Rivista, 2008, 448, in cui sono riportate tutte le clausole caratterizzanti di tale trust.

(2) Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007, in questa Rivista, 2007, 425.

(3) Trib. Reggio Emilia, 6 ottobre 2008, in questa Rivista, 2009, 35, commentata da M. A. Lupoi, Art. 2731 cod. civ. e controversie in materia di trust: al trustee non far confessare..., *ivi*, 395.

sionale dotato di più specifiche competenze, in grado di meglio gestire i rapporti, anche processuali, con i creditori sociali.

## ■ L'atto di nomina del nuovo trustee

Con l'atto qui pubblicato, la società Fiduciaria Alfa, trustee dimissionario, ha proceduto alla nomina di un nuovo trustee individuandolo nella società Beta s.r.l., esercitando il potere fiduciario spettantegli in forza dell'art. 17, par. (1A) della Trusts (Jersey) Law 1984(4), regolatrice del trust.

Tale articolo dispone:

“Art. 17 Appointment out of court of new or additional trustee

(1) Paragraph (1A) applies if –

(a) the terms of a trust do not provide for the appointment of a new or additional trustee;

(b) any such terms providing for any such appointment have lapsed or failed; or

(c) the person who has the power to make any such appointment is not capable of exercising the power,

and there is no other power to make the appointment.

(1A) A new or additional trustee may be appointed by –

(a) the trustees for the time being;

(b) the last remaining trustee; or

(c) the personal representative or liquidator of the last remaining trustee.

(2) Subject to the terms of the trust, a trustee appointed under this Article shall have the same powers, discretions and duties and may act as if the trustee had been originally appointed a trustee.

(3) A trustee having power to appoint a new trustee who fails to exercise such power may be removed from office by the court.

(4) On the appointment of a new or additional trustee anything requisite for vesting the trust property in the trustees for the time being of the trust shall be done”.

L'attuale art. 17 nel testo sopra riportato è stato introdotto dalla Trusts (Amendment No.4) (Jersey) Law 2006, e sostanzialmente riproduce il disposto dell'art. 13 in vigore nel 2005, al momento dell'istituzione del trust.

A tal proposito, si ricorda che l'art. 58 della Trusts (Jersey) Law 1984 prevede che tale legge regoli anche i trust istituiti prima della sua entrata in vigore, fermo restando che, ai sensi del successivo art. 59,

nessuna disposizione della nuova legge può pregiudicare la legittimità o la validità di un qualunque trust stipulato prima della sua entrata in vigore.

È interessante notare che il paragrafo (1A) dell'art. 17 della legge trova applicazione solamente ove le disposizioni del trust non dettino norme per la nomina di trustee nuovi o aggiuntivi, ovvero tali norme non possano produrre effetto, e non vi sia alcun altro potere per effettuare la nomina.

Nella fattispecie in esame, le disposizioni dell'atto istitutivo in tema di trustee e sua sostituzione erano le seguenti.

### “Art. 2. Individuazione del Trustee

A. Trustee del Trust è:

i. il Disponente fino al verificarsi di uno dei seguenti eventi:

a. dimissioni;

b. morte o sopravvenuta incapacità;

c. esistenza di Creditori alle ore 00:00 del giorno successivo alla Data di liquidazione;

d. revoca dall'ufficio di Trustee ai sensi dell'art. 17.B;

ii. la società “Fiduciaria Alfa - S.P.A.”, appartenente al gruppo Bancario [...] (di seguito “Società Fiduciaria”), al verificarsi di uno degli eventi di cui al punto precedente.

### Art. 17. Successione del Trustee

A. Un Trustee rimane nell'ufficio fino a dimissioni o revoca ovvero:

i. se persona fisica: morte o sopravvenuta incapacità;

ii. se persona giuridica: messa in liquidazione o inizio di procedure concorsuali nei confronti della stessa;

fermo restando tuttavia che il soggetto che riveste in quel momento l'ufficio di Trustee rimarrà in carica nell'ufficio fintantoché venga nominato un nuovo soggetto quale Trustee e questi assuma l'ufficio.

B. Su istanza motivata di un Beneficiario Potenziale, di un Beneficiario o del Disponente, il Presidente del Tribunale di [...] (sede della società) potrà in ogni momento:

#### Nota:

(4) Da ultimo modificata dalla Trusts (Amendment No. 4) (Jersey) Law 2006, definitivamente entrata in vigore in data 27 ottobre 2006. Per una traduzione in italiano, v. quella di F. Pighi, in E. Barla De Guglielmi – P. Panico – F. Pighi, La legge di Jersey sul trust, Trusts, Quaderni, n. 8, Milano, 2007.

i. revocare il soggetto in carica nell'ufficio di Trustee e, qualora la Società Fiduciaria rinunci ad assumere l'ufficio di Trustee o si dimetta o per il soggetto in carica nell'ufficio di Trustee si verifichi una qualunque causa di cessazione dalla carica, nominare il soggetto che assuma l'ufficio di Trustee;  
ii. modificare questo Strumento”.

In questo caso, può dubitarsi che le disposizioni dell'atto istitutivo dettino norme specifiche riguardo alla nomina del trustee, tali da dover trovare preventiva applicazione rispetto a quanto previsto nel paragrafo (1 A) dell'art. 17 della legge, e pertanto il trustee uscente ha correttamente esercitato il potere-dovere (in quanto potere fiduciario) di indicare il proprio successore. In effetti, l'unica disposizione dell'atto istitutivo in tema di nomina di trustee, ovvero l'art. 17, lett. B) sopra riportato, non pare volta a disciplinare espressamente la successione del trustee, ma riconosce semplicemente un potere giudiziario di controllo e di intervento (nel caso concreto affidato al tribunale del luogo in cui aveva sede la società) già previsto dalla legge regolatrice, attivabile ad istanza di parte, per il caso in cui il trustee manchi ai propri doveri ovvero venga a mancare, senza che vi sia un successore. Tale clausola è, infatti, sostanzialmente riprodotta dall'art. 51 della legge regolatrice, che attribuisce alla corte il potere di emettere provvedimenti riguardanti il trustee, ivi compresi quelli riguardanti la sua nomina e revoca, su istanza di un beneficiario o di altri soggetti.

Peraltro, anche qualora si qualificasse la disposizione come norma disciplinante la successione del trustee, suscettibile di applicazione prioritaria rispetto all'art. 17 (1 A) della legge regolatrice – come si ritenne in un primo momento – si giungerebbe ugualmente, ancorché per altra via, ad affermare la spettanza del potere di nomina al trustee in carica. Si è visto, infatti, che il paragrafo (1 A) trova applicazione anche qualora le clausole dell'atto istitutivo “providing for any such appointment [...] have lapsed or failed”. Può affermarsi che ciò sarebbe quasi certamente avvenuto, come dimostra il fatto che inizialmente fu adito per la nomina del nuovo trustee il Presidente del Tribunale del luogo sede della società, ma – come si apprende dagli atti della causa in corso(5) – il ricorso fu poi abbandonato avendo egli informalmente manifestato perplessità in ordine al suo potere-dovere di provvedere, richiamandosi anche ad un recente precedente contrario.

Nel 2008, infatti, un decreto del Presidente del Tribunale di Crotone(6) dichiarò inammissibile il ricorso volto ad ottenere la nomina giudiziale di un guardiano di un trust retto dalla legge inglese, rilevando che il potere di emettere un provvedimento di volontaria giurisdizione mediante procedimento camerale “non può genericamente fondarsi sulla volontà privata ma deve necessariamente trovare una fonte normativa che legittimi l'esercizio della funzione giurisdizionale rientrante, appunto, nell'ambito della volontaria giurisdizione”. Sulla base di queste considerazioni, il Giudice ha ritenuto la domanda inammissibile, non ravvisando alcuna norma dell'ordinamento italiano che giustifichi l'istanza, né avendo il ricorrente “fornito elementi per valutare se un'analogia istanza sarebbe proponibile al giudice inglese”.

La distinzione fra giurisdizione contenziosa e volontaria è generalmente non presente nei sistemi di *common law*, tuttavia non vi è dubbio che il processo che si svolge in Italia sia regolato in ogni caso dalla legge italiana(7) e che alle categorie della legge processuale italiana il giudice debba fare riferimento.

È noto che dei provvedimenti di volontaria giurisdizione si predica tradizionalmente la tipicità(8), per cui il giudice italiano potrebbe ritenere inammissibile un'istanza volta ad ottenere un provvedimento non previsto dal nostro ordinamento, quale la nomina di un trustee o la richiesta di direttive da parte del trustee(9).

#### Note:

(5) Trib. Reggio Emilia, 6 marzo 2010, in questa Rivista, 2010, 274.

(6) Trib. Crotone, 29 settembre 2008, in questa Rivista, 2009, 37; Riv. not., 2009, 481 (nota D. Muritano – S. Bartoli, Trust interno e nomina del guardiano da parte del giudice, ivi, 484).

(7) Anche in presenza di eventuali elementi di internazionalità della fattispecie, e qualunque essi siano: art. 12 L. 31 maggio 1995, n. 218 di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato.

(8) G. Santarcangelo, La volontaria giurisdizione nell'attività negoziale, I, Milano, 1985, pp. 28, 133, 148.

(9) In giurisprudenza si segnalano: un caso in cui il Giudice ha revocato il trustee in carica e nominato un nuovo trustee avvalendosi dei poteri riconosciuti alla Corte dall'art. 41 del Trustee Act 1925 (Trib. Milano, 20 ottobre 2002, in questa Rivista, 2003, 265; Contratti, 2003, 921, successivamente confermata dalla Corte d'Appello di Milano, 20 luglio 2004, ivi, 2005, 87, e dalla Suprema Corte di Cassazione, Sezione I civile, 13 giugno 2008, n. 16022, ivi, 2008, 522), ma tratta di una pronuncia avvenuta in sede contenziosa; Trib. Firenze, 7 luglio 2004, ivi, 2005, 85, che ha autorizzato la modifica di un trust con beneficiario incapace, esercitando il potere riconosciuto alla Corte dalla legge inglese in tale ipotesi (Variation of Trust Act 1958), con commento di G. La Torre – A. Fusi, Applicazione della legge straniera per la modifica delle clausole di un trust interno in favore di interdetto, ivi, 2005, 58. V. anche Trib. Milano, 10 luglio 2007, ivi, 2007, 579, che, in sede di provvedimento cautelare ex art. 700 cod. proc. civ., inibisce gli effetti di un atto di revoca di un guardiano.

Sembra corretto qualificare di volontaria giurisdizione questi interventi del giudice<sup>(10)</sup>, presentandone tutti i tratti caratteristici<sup>(11)</sup>, e ciò nondimeno sostenere che la ratifica della Convenzione abbia determinato l'introduzione in Italia di queste nuove ipotesi *extra codices* di provvedimenti di volontaria giurisdizione<sup>(12)</sup>.

Si è, infatti, giustamente osservato<sup>(13)</sup> che, poiché il trust regolato dalla legge straniera trova pieno riconoscimento in Italia a seguito della ratifica della Convenzione de L'Aja, il giudice, nei casi in cui ritenga sussistente la sua giurisdizione, dovrebbe ritenersi competente ad esercitare i poteri attribuiti alla Corte dalla legge straniera, anche ove essi siano qualificabili, secondo i nostri principî di diritto processuale, come provvedimenti di volontaria giurisdizione.

Il Giudice crotonese sembrerebbe condividere tale assunto, ma perviene poi ad una conclusione che non pare accettabile, affermando che il ricorrente non avrebbe "fornito elementi per valutare se un'analoga istanza sarebbe proponibile al giudice inglese", in quanto il principio *jura novit curia* ha valore anche per il diritto straniero applicabile alla fattispecie: il Giudice avrebbe egli stesso dovuto accertare se la legge inglese attribuisse al giudice un tale potere.

## ■ La tassazione dell'atto

### L'imposta di registro

L'atto in oggetto ha scontato l'imposta di registro in misura fissa.

Si tratta di un trattamento tributario assolutamente da condividersi. Esso, infatti, produce una sostituzione di un soggetto ad un altro nel controllo di beni nell'interesse altrui, senza che mutino i destinatari economici di tali beni, in quanto nei trust le posizioni giuridiche affidate al trustee non incrementano il suo patrimonio né economicamente gli appartengono, sono funzionali all'esercizio dei suoi poteri-doveri e condizionate alla sua durata in carica.

Il trustee che cessa dalle funzioni perde di conseguenza ogni posizione giuridica sui beni affidati, posizione che continua nel trustee rimasto in carica ovvero è assunta dal trustee che lo ha sostituito.

Nel periodo di durata del trust, i beni coinvolti nella vicenda costituiscono un patrimonio separato ed autonomo la cui gestione e controllo appartiene di diritto al soggetto che secondo le regole dello strumento giuridico istitutivo del trust e della legge regolatrice ricopre, *pro tempore*, tali funzioni.

È chiaro quindi che la sostituzione di un soggetto ad un altro nel controllo di beni costituenti un patrimonio autonomo non può determinare alcun evento di rilevanza patrimoniale ai sensi dell'art. 11 della parte prima della tariffa annessa al D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131, e come tale deve essere assoggettata ad imposte fisse in occasione della sua registrazione.

Tale tesi pare sostenibile indipendentemente dalla teoria che si ritenga di condividere circa la tassazione dell'atto di affidamento di beni al trustee.

L'Agenzia delle Entrate, come noto, ritiene che l'atto da ultimo citato non sconti mai l'imposta di registro, ma sempre (e fin dall'origine) l'imposta di donazione, essendo quest'ultima applicabile anche ai vincoli di destinazione, avendo riguardo – per la determinazione dell'aliquota – al rapporto fra disponente e beneficiari (senza, peraltro, affrontare ap-

#### Note:

(10) Cfr. L. Contaldi, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, Milano, 2001, p. 281; M. Lupoi, *L'atto istitutivo di trust. Con un formulario*, Milano, 2005, p. 234; S. Bartoli – D. Muritano, *Le clausole utilizzate nei trust interni*, Torino, 2008, p. 155. Pur essendo argomento dibattuto, tende a prevalere la tesi che la volontaria giurisdizione abbia natura sostanzialmente amministrativa e viene qualificata come "gestione pubblica del diritto privato, attuata attraverso l'intervento preventivo (autorizzazione) o successivo (approvazione) della autorità pubblica nella costituzione e nello svolgimento di rapporti giuridici di diritto privato, al fine di garantire che detti rapporti siano costituiti e successivamente svolti secondo legalità e senza lesione di interessi protetti, oppure al fine di provvedere alla necessità di dare ad un patrimonio (nel caso della scomparsa, dell'assenza, dell'eredità giacente, dell'eredità beneficiata) un amministratore e quindi di predisporre ed attuare adeguati controlli sull'attività da quest'ultimo svolta (sempre) attraverso il sistema delle autorizzazioni, o delle approvazioni": A. Jannuzzi – P. Loreface, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano, 2004, p. 7.

(11) Si pensi a: 1) la mancanza di contenzioso: ove comunque contenzioso vi sia, esso non costituisce mai l'oggetto primario dell'accertamento del giudice; 2) mancanza di coazione: nel senso di assenza della attuazione coattiva della norma che i privati hanno disatteso, quanto piuttosto collaborazione del giudice con le parti nella formazione del rapporto giuridico per la realizzazione di un interesse pubblico superiore; 3) insussistenza del passaggio in giudicato; 4) potere inquisitorio del giudice. Per questa analisi, cfr. L. Genghini, *La volontaria giurisdizione e il regime patrimoniale della famiglia*, Padova, 2010, pp. 6-9.

(12) S. Bartoli – D. Muritano, *Le clausole utilizzate nei trust interni* [supra, nota 10], pp. 76 e 155 s.; Id., *Trust interno e nomina del guardiano* [supra, nota 6]. Pare sostanzialmente aderire a tale tesi anche M. A. Lupoi, *Profili processuali del trust*, in questa Rivista, 2009, 162, a p. 166. V. anche, ampiamente sul punto, A. Di Sapio, *Trust e amministrazione di sostegno* (Atto primo) – II parte, ivi, 480, a p. 490, secondo cui "se il giudice italiano è obbligato a riconoscere al singolo trust gli effetti previsti dalla legge a esso applicabile e se la legge straniera regolatrice del trust riconosce al giudice l'esercizio di funzioni giudiziarie, è evidente che il giudice italiano che si dichiara incompetente rischia di compromettere la stessa effettività del trust e, in alcuni casi, di svuotare di contenuto la portata della legge applicabile al trust"; L. F. Risso – D. Parisi, *Trust istituito da un minore nel suo esclusivo interesse*, ivi, 2009, 373, a p. 380 s.

(13) S. Bartoli – D. Muritano, *Le clausole utilizzate nei trust interni* [supra, nota 10], a p. 76 e a p. 155 s.; Id., *Trust interno e nomina del guardiano* [supra, nota 6].

profonditamente la questione se tutti i trust siano vincoli di destinazione e pretendendo di applicare la norma anche ai trust che non implicano alcuna attribuzione liberale)(14).

Altra tesi, autorevolmente sostenuta in dottrina(15) e recentemente condivisa da alcune commissioni tributarie(16), ritiene che l'imposta di donazione possa trovare applicazione solamente ai trust di natura liberale, e che pertanto, ove difetti tale intento, l'atto sarebbe da assoggettare ad imposta di registro, salvo poi stabilire se debba trovare applicazione l'imposta in misura fissa ovvero, come sostenuto da una certa prassi amministrativa prima della reintroduzione dell'imposta di donazione, l'aliquota residuale del 3% prevista dall'art. 9.

Non c'è poi uniformità di vedute neppure con riferimento al momento impositivo. In dottrina si è, infatti, osservato, con un ragionamento anch'esso recentemente condiviso dai giudici tributari(17), che il prelievo fiscale ai fini dell'applicazione dell'imposta debba comunque essere rinviato all'atto di trasferimento dei beni dal trustee ai beneficiari, per lo meno ogni qual volta il diritto del beneficiario sia sottoposto a condizione ed egli non possa pretendere immediatamente l'attribuzione dei beni in trust.

In tal caso, infatti, nessun soggetto beneficia di un arricchimento attuale: non il beneficiario, essendo il trasferimento dei beni a suo favore sottoposto a condizione, non il trustee, che non beneficia di nessun reale arricchimento, acquistando nell'interesse altrui e non manifestando alcuna capacità contributiva propria.

Ritengo che tutte queste ricostruzioni (ivi compresa quella propugnata dall'Amministrazione Finanziaria) si fondino sull'assunto che l'acquisto del trustee di per sé non abbia rilevanza ai fini delle imposte indirette e non rilevi di per sé ai fini della determinazione dell'imposta, dovendosi a tal fine aver riguardo direttamente ai beneficiari del trust; tale atto è stato, infatti, correttamente definito in giurisprudenza "strumentale e neutro" e, ai fini dell'applicazione dell'imposta di registro, deve qualificarsi come atto "privo di contenuto patrimoniale".

Se ciò è vero, può enunciarsi anche – quale corollario – che gli atti di sostituzione di trustee siano privi di contenuto patrimoniale dal punto di vista tributario.

## Le imposte ipotecaria e catastale

Anche le imposte ipotecaria e catastale sono state corrisposte in misura fissa.

Le considerazioni che precedono possono, infatti, essere ripetute per tali imposte: l'ufficio ha aderito alla tesi secondo cui tale atto non comporta un "trasferimento di proprietà" da considerarsi rilevante ai fini del disposto degli art. 1 e 10 del T.U. delle disposizioni concernenti le imposte ipotecaria e catastale approvato con D. Lgs. 31 ottobre 1990, n. 347.

L'imposta ipotecaria – come si può notare dal duplo dalla nota di trascrizione pubblicato a seguire le presenti note – è stata, infatti, corrisposta all'ufficio dei Registri Immobiliari (Agenzia del Territorio), competente ai sensi dell'art. 12 del citato T.U. alla riscossione dell'imposta ipotecaria relativa ad atti che non comportano trasferimento di immobili (per la riscossione dell'imposta catastale, e dell'imposta ipotecaria relativa ad atti che importano trasferimento di immobili è invece competente l'Agenzia delle Entrate).

## ■ La pubblicità dell'atto nei Registri Immobiliari

L'ultimo profilo di interesse è costituito dalla modalità con cui è avvenuta la trascrizione dell'atto.

A tal proposito pare opportuna una premessa.

La prassi formatasi all'indomani dell'entrata in vigore della Convenzione de L'Aja per la trascrizione di atti di affidamento al trustee di beni immobili siti in Italia e consolidatasi nel tempo(18) prevedeva l'effettuazione di una doppia pubblicità:

### Note:

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

(15) G. Semino, Prime considerazioni sulla fiscalità degli atti segregativi di beni in trust alla luce della nuova imposta sulle successioni e donazioni, in questa Rivista, 2007, 344; Riv. dir. trib., 2007, I, 677; Id., Concordato preventivo e trust: come una soluzione civilisticamente efficiente può diventare inefficiente per una falsa applicazione della normativa tributaria, in questa Rivista, 2010, 60, ove altri ampi riferimenti di dottrina e giurisprudenza.

(16) Comm. Trib. Prov. Bologna, 30 ottobre 2009, in questa Rivista, 2010, 177; Comm. Trib. Prov. Lodi, 12 gennaio 2009, *ivi*, 2009, 296.

(17) Comm. Trib. Prov. Caserta, 11 giugno 2009, in questa Rivista, 2010, 71; Comm. Trib. Prov. Treviso, 30 aprile 2009, *ivi*, 73; Comm. Trib. Prov. Treviso, 30 aprile 2009, *ivi*, 75; Comm. Trib. Prov. Firenze, 12 febbraio 2009, *ivi*, 2009, 425, con commento di N. de Renzis Sonnino, L'imposizione indiretta del trust: gli ultimi orientamenti di giurisprudenza e prassi, *ivi*, 507.

(18) M. L. Cenni, Trascrizione di atti attributivi di beni immobili al trustee – II, in questa Rivista, 2002, 355. Cfr. anche A. A. Ettore – S. Iudica, La pubblicità immobiliare e il testo unico delle imposte ipotecaria e catastale, Milano, III ed., 2007, p. 280 s.

a) la trascrizione del trasferimento di proprietà *ex* artt. 2643 e 2645 cod. civ. contro il disponente e a favore del trustee (salvo naturalmente il caso di trust auto-dichiarato);

b) la trascrizione del vincolo in trust prevista, ma non disciplinata quanto alle modalità, dall'art. 12 della Convenzione, contro il trustee, in applicazione analogica dell'art. 2647 cod. civ., dettato in materia di fondo patrimoniale.

Nel caso in esame, al momento della istituzione del trust fu effettuata solamente la formalità pubblicitaria *sub* b), contro il disponente-trustee signor Giovanni, trattandosi di trust auto-dichiarato.

È evidente che tale forma di pubblicità presenta l'inconveniente di rendere necessaria la trascrizione di ogni atto di sostituzione del trustee, in quanto varia il soggetto che risulta proprietario dei beni in trust, ancorché i beni continuino a far parte del medesimo fondo in trust.

Nella nostra fattispecie, in cui non era stata precedentemente curata la trascrizione del trasferimento dall'originario trustee Giovanni alla Fiduciaria Alfa, si sarebbe pertanto dovuto procedere a tale trascrizione e successivamente a quella contro la Fiduciaria Alfa e a favore del nuovo trustee Beta s.r.l.

Va, però, affermandosi un nuovo orientamento operativo, che presenta indubbiamente dei vantaggi: al momento dell'istituzione del trust si esegue una sola formalità contro il disponente e a favore del trust.

Adeguandosi *in itinere* a tale nuova prassi, all'atto di sostituzione di trustee in commento è stata data pubblicità mediante trascrizione dell'atto stesso contro il disponente/trustee originario e a favore del trust.

Contro tale prassi potrebbe obiettarsi che il trust è sprovvisto di soggettività giuridica e che pertanto non è corretto trascrivere l'atto di trasferimento a suo favore.

Ritengo, tuttavia, possibile obiettare che tale nuova modalità pubblicitaria non presupponga l'entificazione del trust.

È vero, infatti, che in passato si trassero argomenti per sostenere la soggettività giuridica e la piena capacità immobiliare dei c.d. enti di fatto, quali le società di persone e le associazioni non riconosciute, proprio dalla novella legislativa apportata con la legge 27 febbraio 1985, n. 52 all'art. 2659 cod. civ., che consente oggi di trascrivere gli acquisiti di tali enti direttamente a loro favore e non più a favore del loro legale rappresentante.

Ma è anche vero che una più che autorevole an-

che se isolata dottrina<sup>(19)</sup> negò la soggettività giuridica agli enti di fatto, sostenendo che il dettato del nuovo art. 2659, n. 1 cod. civ. "riguarda solo il dato formale dell'instestazione ai fini della pubblicità immobiliare e non tocca l'aspetto della titolarità sostanziale del diritto, che deve sempre ritenersi spettare agli associati in comunione, salva la destinazione alle finalità dell'associazione".

Non priva di interesse mi pare la considerazione che l'utilizzo di una determinata modalità pubblicitaria, più conveniente in termini di praticità ed economia degli atti giuridici, non implichi necessariamente l'entificazione di un concetto giuridico.

Si pensi alle trascrizioni dei pignoramenti a favore del condominio, anziché a favore dei condomini o dell'amministratore di condominio quale rappresentante dei condomini, quando egli agisce in giudizio ai sensi dell'art. 1131 cod. civ., nonostante la dottrina pressoché unanime<sup>(20)</sup> e la giurisprudenza neghino soggettività giuridica al condominio<sup>(21)</sup>.

Può essere utile a tal proposito far riferimento ad altre ipotesi di separazione patrimoniale presenti nel nostro ordinamento.

Una fattispecie che, ai fini in esame, presenta forti analogie con il trust è costituita dal fondo immobiliare chiuso.

Anche il fondo immobiliare, infatti, non gode di una propria soggettività giuridica, tuttavia esso rappresenta un patrimonio autonomo, come tale idoneo a costituire centro di imputazione di interessi e di rapporti giuridici.

La questione che si è posta circa le modalità di trascrizione dei conferimenti nei fondi immobiliari è, infatti, simile a quella sorta per il trust.

Relativamente alle formalità pubblicitarie a favore o contro i fondi immobiliari, si sono espressi diversi uffici istituzionali, con riferimento a quelli gestiti

#### Note:

(19) C. M. Bianca, Diritto Civile, vol. 1, La norma giuridica. I soggetti, Milano, II ed., p. 355.

(20) Contrario, ma isolato, G. Branca, Comunione, condominio negli edifici, in Commentario del codice civile a cura di A. Scialoja - G. Branca, Bologna - Roma, VI ed., 1982, pp. 359-364.

(21) Cfr. per una ampia disamina della questione, G. Terzago, Il condominio, Milano, VII ed., 2010, p. 6 s. La giurisprudenza, uniforme sul punto, da molto tempo qualifica il condominio come ente di gestione privo di soggettività giuridica, senza peraltro approfondire e illustrare tale concetto (cfr., *ex multis*, fra le più recenti, Cass., 20 febbraio 2009, n. 4245, Nuova giur. civ., 2009, 661; Cass., 22 ottobre 2007, n. 22089, Mass. Giur. it., 2007, 889; Cass., 13 febbraio 2007, n. 3064, CED Cassazione, 453; Cass., 20 aprile 2006, n. 9282, Mass. Giur. it., 2006, 441).

dalle società costituite ex l. 23 dicembre 1996, n. 662, per favorire il processo di dismissione del patrimonio immobiliare dello Stato: tali riflessioni valgono peraltro anche per i fondi immobiliari “privati”(22), in quanto la disciplina di riferimento(23) è la medesima.

Come noto, ai sensi dell'art. 36, comma VI, del T.u.f., ciascun fondo comune di investimento, o ciascun comparto di uno stesso fondo, costituisce patrimonio autonomo, distinto dal patrimonio della società di gestione e da ogni altro patrimonio gestito dalla medesima società, nonché da quello di ciascun partecipante. Non sono ammesse azioni dei creditori della SGR, né della banca depositaria, e neanche dei creditori dei singoli partecipanti. Le azioni dei creditori dei singoli investitori sono ammesse soltanto sulle quote di partecipazione dei medesimi.

A tale riguardo si è espresso il Consiglio di Stato(24), su richiesta del dicastero finanziario, osservando che ad essi è riconosciuto “il grado massimo di autonomia patrimoniale, come di norma riconosciuto soltanto ad organismi dotati di una propria specifica soggettività” e ha concluso che, “dovendosi dare rilievo primario alle specifiche finalità di tutela degli interessi dei terzi perseguite dalle trascrizioni immobiliari [...] la titolarità dei beni facenti parte dei fondi dovrebbe essere riferita agli stessi fondi, quali centri autonomi di imputazione di interessi, in base ai peculiari caratteri ad essi espressamente attribuiti dalle succitate norme di legge, salve le necessarie annotazioni riguardanti il vincolo gestorio esistente, anch'esso fissato in modo espresso dalla normativa vigente in materia”.

Sulla base di tale parere l'allora Ministero delle Finanze - Dipartimento Territorio ha emanato un'apposita circolare (“Costituzione di società di gestione di fondi immobiliari appartenenti al patrimonio dello Stato. Articolo 3, comma 86 e seguenti, della legge 23 dicembre 1996, n. 662, modalità di trascrizione” - Circolare 11 novembre 1999, n. 218/T(25)), nella quale si legge: “[...] l'esigenza di evidenziare in maniera incontrovertibile la titolarità, in capo ai fondi immobiliari in questione, dei beni facenti parte dei fondi medesimi, non può che essere garantita dall'esecuzione delle formalità di trascrizione degli atti di costituzione mediante conferimento a favore esclusivo del fondo.

Al fine di assicurare, però, una completa ed esauritiva pubblicità dei particolari rapporti giuridici ricorribili alla gestione dei fondi immobiliari in parola, appare indispensabile la presentazione di una domanda di annotazione del peculiare vincolo gestorio

esistente, da eseguire a margine della trascrizione degli atti predetti.

Detta annotazione, infatti, a parere della Scrivente, garantendo ai terzi l'immediata conoscibilità del particolare rapporto di gestione - che, come evidenziato dal Consiglio di Stato, è da ritenere strumentale rispetto all'autonomia patrimoniale del fondo - potrà assolvere, in modo idoneo, ad una funzione integrativa dell'informazione-base derivante dalla trascrizione a favore del fondo dell'atto costitutivo, senza alterarne o snaturarne il contenuto.

Non appare superfluo precisare che le due ipotizzate formalità - trascrizione dell'acquisto a favore del fondo e relativa annotazione a margine della trascrizione, della sussistenza del rapporto gestorio - trarrebbero entrambe origine dal medesimo titolo: l'atto di costituzione del fondo mediante conferimento.

Dal punto di vista strettamente operativo, per l'esecuzione della formalità principale (trascrizione dell'atto di conferimento) ed accessoria (annotazione del vincolo gestorio) potranno essere utilizzate, rispettivamente, le seguenti descrizioni: “costituzione di fondo immobiliare chiuso” (codice 100), “costituzione di rapporto di gestione su fondo immobiliare chiuso” (codice 700”).

Non si ignora - come è stato correttamente osservato in dottrina - che l'art. 2659 cod. civ. non è mai stato modificato dalle leggi che hanno disciplinato i fondi immobiliari e pertanto non prevede che nella nota sia indicato il nome del fondo. Sulla base di tale rilievo, gli atti dovrebbero essere trascritti a favore della SGR: così facendo i beni acquisiti dai vari fondi comuni risulterebbero tutti intestati alla SGR, e l'indicazione dell'appartenenza ai vari fondi comuni potrebbe essere pubblicizzata nel quadro D della nota di trascrizione(26) ovvero con una separata tra-

#### Note:

(22) V. Ufficio Studi del Consiglio nazionale del Notariato, Risposta a Quesito 706-2006/C, Fondi immobiliari chiusi e trascrizione, da cui si traggono le citazioni che seguono, consultabile in E. Russo, *Le acquisizioni di immobili e di società immobiliari*, Padova, 2009, p. 99.

(23) Originariamente contenuta nella L. 25 gennaio 1994, n. 86, e oggi trasfusa nel D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (“T.u.f.”).

(24) Cons. Stato, Sezione Terza, adunanza 11 maggio 1999, Parere n. 608/1999, Cons. Stato, 1999, 2216.

(25) Consultabile in E. Russo, *Le acquisizioni* [supra, nota 22], p. 95.

(26) Tuttavia, la nota di trascrizione si identifica, in realtà, unicamente con i primi tre quadri, mentre il quadro D è esclusivamente “ancillare” rispetto agli altri: può contenere precisazioni, ma non già segnalazioni del tutto difforni rispetto a quanto la nota stessa intende segnalare, né l'indicazione di un effetto giuridico che non risulti già dagli altri quadri della nota.

scrizione o annotazione (anch'esse, però, a ben vedere, non previste dalla legge).

Nonostante ciò, la prassi oggi seguita è quella conforme alle indicazioni fornite dalla circolare ministeriale sopra citata, forte delle rilevanti motivazioni sostanziali che la supportano.

La trascrizione avviene pertanto a favore del fondo immobiliare, con indicazione della sua sede e del suo codice fiscale, e la annotazione relativa (che, come tutte le annotazioni, è compiuta a favore e contro i medesimi soggetti della formalità cui l'annotazione si riferisce) pubblicizza il rapporto di gestione, indicando la SGR che gestisce il fondo nel quadro D.

Ritengo che le argomentazioni dei Consiglieri di Palazzo Spada e le considerazioni del Ministero sopra riportate possano essere ripetute anche per il trust, con l'ulteriore osservazione che, in tal caso, indipendentemente da un aggiornamento delle norme italiane in tema di trascrizione, il trustee "che desidera registrare beni mobili o immobili o i titoli relativi a tali beni" è abilitato dall'art. 12 della Convenzione de L'Aja "a richiedere l'iscrizione nella sua qualità di trustee o in qualsiasi altro modo che riveli l'esistenza del trust, a meno che ciò sia vietato dalla legge dello Stato nella quale la registrazione deve aver luogo ovvero incompatibile con essa".

Alla luce di tutto ciò, mi pare corretto definire la trascrizione degli atti di trasferimento immobiliare direttamente a favore del trust "altro modo che rivela l'esistenza del trust non incompatibile con il nostro sistema pubblicitario".

Si ricorda che, ai fini tributari, si è riconosciuta una soggettività fiscale al trust, attribuendogli un codice fiscale e qualificandolo come soggetto passivo di imposte dirette, indipendentemente dalla sua qualificazione civilistica. Ove si attui tale modalità pubblicitaria, nel quadro C della nota di trascrizione (soggetti) sarà pertanto indicato, oltre alla denominazione del trust, anche il suo codice fiscale.

Si è visto che nel caso dei fondi immobiliari la qualifica di gestore viene pubblicizzata mediante apposita annotazione.

Tale modalità operativa potrebbe essere seguita anche per quanto riguarda i trust, in quanto rappresenta in maniera più aderente la fattispecie, assicurando una pubblicità esaustiva e completa non solo della separazione patrimoniale (con la trascrizione contro il disponente e a favore del trust), ma anche dell'identità del soggetto che riveste il ruolo di trustee (con l'annotazione alla trascrizione).

Paiono degne di nota alcune osservazioni riguardo alla modalità di pubblicità qui ipotizzata.

Innanzitutto, come sopra accennato, non si renderebbe in tal caso necessaria una nuova trascrizione in caso di sostituzione del trustee di un trust nel cui fondo sono compresi beni immobili, ma sarebbe sufficiente una annotazione alla originaria trascrizione, e non sarebbe necessaria alcuna voltura catastale.

Inoltre tale prassi è molto più efficiente nel caso in cui il vecchio trustee revocato o gli eredi del trustee defunto non siano collaborativi e disponibili ad intervenire nell'atto con il quale il soggetto titolare del relativo potere nomina il nuovo trustee.

L'originaria trascrizione dell'atto di affidamento di beni in trust a favore del vecchio trustee porrebbe in tali fattispecie grossi problemi, rendendo impossibile eseguire una trascrizione contro un soggetto (il vecchio trustee) che non compare in atto, giacché per ottenere una trascrizione contro un soggetto, in mancanza di un atto da cui risulti il suo consenso, si rende necessario un provvedimento giudiziale.

È di tutta evidenza che è insoddisfacente un sistema che consenta tale potere di "ostruzione" del vecchio trustee.

L'adozione della nuova prassi operativa potrebbe eliminare tale inconveniente, in quanto parrebbe ragionevole non richiedere, per il compimento dell'annotazione alla trascrizione originaria, la partecipazione all'atto del vecchio trustee, contro il quale non viene effettuata nessuna trascrizione, essendo l'annotazione compiuta a favore e contro i soggetti indicati nella trascrizione cui essa fa riferimento. Sarà pertanto sufficiente che l'atto di nomina di un trustee aggiuntivo o di un nuovo trustee in sostituzione del precedente (venuto a mancare o revocato) sia sottoscritto dal soggetto competente alla nomina del nuovo trustee e da quest'ultimo, per accettazione, e che si fornisca prova – se del caso – della cessazione del precedente(27).

Il conservatore dovrà pertanto procedere all'annotazione, dopo essersi limitato a verificare che l'atto di nomina del nuovo trustee rivesta forma idonea alla pubblicità nei registri immobiliari (atto pubblico, scrittura privata autenticata, sentenza) e che l'atto e la nota presentino tutti gli altri requisiti richiesti dall'art. 2674 cod. civ.

#### Nota:

(27) Ad esempio, se si tratta di revoca, atto di revoca sottoscritto dal soggetto titolare di tale potere e portato a conoscenza del trustee revocato; se defunto, certificato di morte.

Italia

## Atto di nomina di nuovo trustee

### ■ Atto notarile

#### ATTO DI MODIFICA DEL "TRUST GENESIS" NOMINA DEL NUOVO TRUSTEE

Con la presente scrittura privata, redatta in un unico originale che resterà depositato agli atti del Notaio che autenticherà le sottoscrizioni, i signori:

C... G... nato a ... il giorno ..., con residenza e domicilio fiscale in ..., frazione ..., Via ..., codice fiscale ..., in seguito per brevità denominato "DISPONENTE" ovvero "TRUSTEE ORIGINARIO";

S... C... nato a ... il giorno ..., domiciliato per la carica presso la società di cui oltre, il quale interviene al presente atto non in proprio, ma esclusivamente in nome, per conto ed in legale rappresentanza della società:

"FIDUCIARIA ... - S.P.A." con sede legale in ..., Via ..., capitale sociale euro ..., interamente versato, iscritta alla C.C.I.A.A. di ... al n. ... REA, numero di iscrizione del Registro delle Imprese di Firenze e codice fiscale ..., nella sua qualità di Amministratore Delegato della società stessa, a quanto in appresso autorizzato in forza di verbale di delega poteri del Consiglio di Amministrazione in data 21.5.2007, società in seguito per brevità denominata "TRUSTEE";

C... M... S... nata a ... il giorno ..., con residenza e domicilio fiscale in ..., Via ..., codice fiscale ..., la quale interviene al presente atto, oltre che in proprio in qualità di Guardiano del "Trust Genesis" (per brevità in seguito denominata "GUARDIANO"), anche in nome, per conto ed in legale rappresentanza della società: "CUCCOLI 1953 S.R.L." con sede legale in Modena (MO), Viale Trento Trieste n. 45, capitale sociale euro 20.000,00, interamente versato, iscritta alla C.C.I.A.A. di Modena al n. 365390 REA, numero di iscrizione del Registro delle Imprese di Modena e codice fiscale 03177440363, nella sua qualità di Presidente del Consiglio di Amministrazione della società stessa, a quanto in appresso autorizzata dal Consiglio medesimo con verbale in data 20.3.2009, che in estratto autentico si allega al presente atto sotto la lettera =A=, per farne parte integrante e sostanziale, società in seguito per brevità denominata "NUOVO TRUSTEE";

PREMESSO:

– che in data 11.3.2005, a mezzo scrittura privata autenticata dal Notaio Francesco Luigi Risso di Genova, Rep. 20.938/10.883, il signor C... G... ha istituito il "Trust" denominato "Trust Genesis", cui è stato attribuito il se-

guente Codice Fiscale 91124260356, nel prosieguo "Trust", sottoponendovi determinati beni mobili ed immobili (in seguito i "Beni in Trust") ivi espressamente indicati, ed è stato individuato quale Trustee originario lo stesso *Disponente* e, con effetto dal verificarsi di certi eventi, la "FIDUCIARIA ... - S.P.A.";

– che con scrittura privata autenticata nelle sottoscrizioni dal Notaio Paolo Vincenzi di Carpi, in data 13 luglio 2007, Rep. N. 248.717/27.389, registrata a Carpi l'1.8.2007 al n. 4957, previa modifica dell'atto istitutivo, la Prof.ssa dott.ssa M. S. C. è stata nominata *Guardiano* del Trust;

– che in data 1.1.2009, al verificarsi dell'evento previsto per tale data, il *Trustee Originario* è cessato dalle funzioni e la "FIDUCIARIA ... - S.P.A." ha assunto le funzioni di *Trustee*;

– che il *Guardiano* ha ritenuto opportuno rassegnare le proprie dimissioni dalla funzione con comunicazione in data 15.1.2009, inviata per posta raccomandata ai Beneficiari del Trust e al *Trustee*, per dare modo ai Beneficiari del Trust di scegliere un *Guardiano* di loro fiducia;

– che la "FIDUCIARIA ... - S.P.A.", senza avere preso in consegna dal *Trustee Originario* alcuno dei "Beni in Trust" o alcuna documentazione inerente, e senza esserne stata immessa nel possesso, con comunicazione inviata per posta raccomandata, indirizzata all'*Originario Trustee*, in data 27 febbraio 2009, comunicazione che in fotocopia si allega al presente atto sotto la lettera =B=, per farne parte integrante e sostanziale, ha dichiarato di volersi dimettere, indicandone le ragioni, nell'interesse degli obiettivi del Trust, anche in considerazione delle vicende accadute dopo la sua istituzione (tra i quali un'iscrizione d'ipoteca e la trascrizione un pignoramento immobiliare);

– che la "FIDUCIARIA ... - S.P.A." ha individuato, d'intesa con il *Guardiano*, il nuovo Trustee ed intende procedere alla sua nomina, ai sensi dell'art. 17, paragrafo (1A) della legge di Jersey, come emendata nell'anno 2006, regolatrice del Trust ai sensi dell'art. 8 dell'atto istitutivo del "Trust".

L'atto di nomina di nuovo trustee è commentato da Domenico Parisi, *supra*, 438.

La formalità pubblicitaria conseguente la nomina del nuovo trustee è pubblicata *infra*, 449.

Tanto premesso quale parte integrante e sostanziale di questo atto, con questo strumento i sottoscritti assumono le seguenti

## DETERMINAZIONI

### ARTICOLO 1 NOMINA DEL NUOVO TRUSTEE

1.1 La società "FIDUCIARIA ... - S.P.A.", nel confermare la propria volontà di volere cessare dalle funzioni di Trustee, esercitando il potere-dovere di nominare un nuovo Trustee ai sensi dell'art. 17, paragrafo (1A) della citata legge di Jersey, nomina nuovo Trustee del "Trust Genesis" la società "CUCCOLI 1953 S.R.L.", confermando di non avere preso in consegna dal Trustee Originario alcuno dei "Beni in Trust" né alcuna documentazione inerente e di non esserne stata immessa nel possesso.

1.2 Il *Guardiano* dimissionario del *Trust*, Prof.ssa dott.ssa M. S. C., esprime parere favorevole riguardo tale designazione, anche ai sensi dell'art. 26 dell'atto istitutivo del *Trust*, come modificato.

### ARTICOLO 2 ASSUNZIONE DELLE FUNZIONI DI TRUSTEE

2.1 La società "CUCCOLI 1953 S.R.L." accetta di assumere le funzioni di *Trustee* del "Trust Genesis" e dichiara di ben conoscere il contenuto dell'atto istitutivo del *Trust* e di essere informata di tutte le vicende processuali in corso relative al *Trust*, ai "Beni in Trust" ed ai soggetti coinvolti.

### ARTICOLO 3 EFFETTI

3.1 Come previsto nell'articolo 18 dell'atto istitutivo del "Trust Genesis" e all'articolo 3.2 dell'atto di sottoposizione dei "Beni in Trust", con effetto da oggi il *Nuovo Trustee* assume controllo e proprietà dei "Beni in Trust" in quanto il dominio dei "Beni in Trust" appartiene di diritto al Trustee in carica nel tempo, nell'esclusivo interesse dei Beneficiari, secondo le disposizioni del *Trust*.

### ARTICOLO 4 IMMISSIONE IN POSSESSO E CONSEGNA DEI DOCUMENTI

4.1 Il *Trustee Originario* immette il *Nuovo Trustee* nel possesso dei "Beni in Trust" e consegna allo stesso tutti i documenti inerenti i "Beni in Trust" e la loro gestione, riconoscendo di averne fino ad oggi mantenuto il possesso, restando comunque obbligato:

a) a porre in essere senza indugio ogni necessario atto per consentire al *Nuovo Trustee* di esercitare i diritti spettanti al Trustee sui "Beni in Trust" e per farlo risultare quale Trustee di questo *Trust*;

b) a consegnare al *Nuovo Trustee* i "Beni in Trust", nonché qualsiasi altro atto e documento in suo possesso che abbia attinenza con il *Trust* o i "Beni in Trust";

c) a fornire al *Nuovo Trustee* ogni ragguglio questi ragionevolmente gli richieda e in genere a porlo in grado, per quanto in suo potere, di prendere possesso dei "Beni in Trust" e di assolvere senza difficoltà le obbligazioni inerenti l'ufficio.

4.2 Il *Trustee Originario* garantisce, assumendosene ogni responsabilità, che tutti i "Beni in Trust", come indicati nell'atto istitutivo del *Trust* sopra citato, tanto mobili che immobili, sono stati da lui diligentemente custoditi, non hanno subito modificazioni e sono attualmente integri e in buono stato di manutenzione.

### ARTICOLO 5 CONSEGNA LIBRO DEGLI EVENTI

5.1 Il nuovo *Trustee* prende in consegna dal *Trustee Originario* il libro degli eventi del *Trust* dal quale non risultano fatti od eventi che contraddicano quanto dichiarato in questo atto dai sottoscritti.

### ARTICOLO 6 ADEMPIMENTI PUBBLICITARI

6.1 I sottoscritti prestano il più ampio consenso affinché venga data pubblicità, nei modi ritenuti più opportuni dall'Ufficio del Territorio, della sostituzione del *Trustee*.

Descrizione dei beni sottoposti al "TRUST GENESIS" come da atto istitutivo citato nelle premesse:

BENI IMMOBILI descritti ai soli fini della pubblicità immobiliare:

fabbricato urbano ad uso civile abitazione, con circostante area cortiliva, posto in Comune di ..., frazione ..., Via ..., costituito da locali ad uso abitazione posti al piano interrato, terra e primo e due locali ad uso garage posti al piano interrato.

Allibrato al Catasto Fabbricati del Comune di ... al foglio ..., con i mappali:

... sub. ... - Via ... - P. S1-T-1 - Cat. A/7 - Cl. U - Vani 10,5 - R.C. euro 1.084,56;

... sub. ... - Via ... - P. S1 - Cat. C/6 - Cl. 2 - mq. 45 - R.C. euro 160,36;

... sub. ... - Via ... - P. S1 - Cat. C/6 - Cl. 2 - mq. 13 - R.C. euro 46,33.

Come risulta dall'elaborato planimetrico dell'intero fabbricato il mappale ... sub. 1 (B.C.N.C.) identifica l'area cortiliva.

BENI MOBILI: si allega al presente atto sotto la lettera =C=, per farne parte integrante e sostanziale, l'elenco dei mobili sottoposti al "TRUST GENESIS".

#### ARTICOLO 7 DISPOSIZIONI FINALI

7.1 Si chiede che il presente atto venga sottoposto ad imposte fisse di registro, ipotecaria e catastale, in quanto non ha alcuna rilevanza patrimoniale comportando la sola sostituzione di un soggetto nel controllo di beni patrimonialmente ed economicamente di spettanza dei Beneficiari del *Trust* non mutati a seguito di questo atto.

7.2 Le spese di questo atto si convengono a carico del Trustee "FIDUCIARIA ... - S.P.A.".

7.3 Le parti, preso atto dell'informativa ricevuta ai sensi del Decreto Legislativo 30/06/2003 n. 196, prestano il proprio consenso al trattamento dei dati in relazione al presente atto.

L.C.S.

Modena, lì 3.4.2009.

FTO M. S. C.

G... C...

C... A...

———— AUTENTICA DI FIRME ————

Repertorio Notarile N. ... Raccolta N. ...

CERTIFICO io sottoscritto dottor PAOLO VINCENZI, Notaio iscritto nel Ruolo del Distretto Notarile di Modena, con residenza in Carpi che l'atto che precede è stato firmato in mia presenza, in calce al foglio finale e a margine degli altri fogli, alle ore quindici, unitamente agli allegati, dalle infranominande persone, previa lettura alle medesime da me data dell'atto stesso, fatta esclusione per gli allegati, della cui identità personale io Notaio sono certo, signori:

C... G... nato a ... il giorno ..., con residenza e domicilio fiscale in ..., Via ...;

S... C... nato a ... il giorno ..., domiciliato per la carica presso la società di cui oltre, nella sua qualità di Amministratore Delegato della società "FIDUCIARIA ... - S.P.A." con sede legale in ..., Via ..., capitale sociale euro ..., interamente versato, iscritta alla C.C.I.A.A. di ... al n. ... REA, numero di iscrizione del Registro delle Imprese di Firenze e codice fiscale ..., autorizzato in forza di verbale di delega poteri del Consiglio di Amministrazione in data 21.5.2007;

C. M. S. nata a ... il giorno ..., con residenza e domicilio fiscale in ..., Via ..., oltre che in proprio in qualità di Guardiano del "Trust Genesis" anche nella sua qualità di Presidente del Consiglio di Amministrazione della società "CUCCOLI 1953 S.R.L." con sede legale in Modena (MO), Viale Trento Trieste n. 45, capitale sociale euro

20.000,00, interamente versato, iscritta alla C.C.I.A.A. di Modena al n. 365390 REA, numero di iscrizione del Registro delle Imprese di Modena e codice fiscale 03177440363, autorizzata dal Consiglio medesimo con verbale in data 24.3.2009.

Modena, Viale Trento Trieste n. 45, lì tre aprile due-milanove.

FTO PAOLO VINCENZI NOTAIO.

Italia

Sostituzione del trustee  
e formalità pubblicitaria

## ■ Ispezione ipotecaria

<b>Agenzia del Territorio</b>		<b>Ispezione ipotecaria</b>	
Ufficio Provinciale di REGGIO EMILIA Servizio di Pubblicità Immobiliare		Data 08/04/2010 Ora 09:14:39	
		Pag. 1 - segue	
<b>Ispezione Telematica</b>			
		n. T 503081 del 08/04/2010	
		Inizio ispezione 08/04/2010 09:14:27	
Richiedente RSSLFR51T19D9690		Tassa versata € 4,00	
<b>Nota di trascrizione</b>			
Registro generale n. 10861			
Registro particolare n. 6544		Data di presentazione 04/05/2009	
<b>Sezione A - Generalità</b>			
<i>Dati relativi al titolo</i>			
Descrizione	SCRITTURA PRIVATA CON SOTTOSCRIZIONE AUTENTICATA		
Data	03/04/2009	Numero di repertorio	255861/32096
Notaio	VINCENZI PAOLO	Codice fiscale	VNC PLA 48A13 B819 L
Sede	CARPI (MO)		
<i>Dati relativi alla convenzione</i>			
Specie	ATTO TRA VIVI		
Descrizione	100 NOMINA NUOVO TRUSTEE		
Voltura catastale automatica	SI		
<i>Altri dati</i>			
Sono presenti nella sezione D parti libere relative a sezione B e sezione C			
<i>Dati riepilogativi</i>			
Unità negoziali	1	Soggetti a favore	1
		Soggetti contro	1
<b>Sezione B - Immobili</b>			
Unità negoziale n. 1			
<i>Immobile n. 1</i>			
Comune	C141 - CASTELLARANO (RE)		
Catasto	FABBRICATI		
Sezione urbana	- Foglio 10	Particella	253 Subalterno 5
Natura	A7 - ABITAZIONE IN VILLINI	Consistenza	10,5 vani
Indirizzo	UGO FOSCOLO		N. civico 8
Piano	S1-T		
<i>Immobile n. 2</i>			
Comune	C141 - CASTELLARANO (RE)		
Catasto	FABBRICATI		
Sezione urbana	- Foglio 10	Particella	253 Subalterno 6
Natura	C6 - STALLE, SCUDERIE, RIMESSE, AUTORIMESSE	Consistenza	45 metri quadri
Indirizzo	UGO FOSCOLO		N. civico 8
Piano	S1		

**Agenzia del Territorio**

Ufficio Provinciale di REGGIO EMILIA  
Servizio di Pubblicità Immobiliare

**Ispezione ipotecaria**

Data 08/04/2010 Ora 09:14:39

Pag. 2 - Fine

**Ispezione Telematica**

n. T 503081 del 08/04/2010

Inizio ispezione 08/04/2010 09:14:27

Richiedente RSSLFR51T19D9690

Tassa versata € 4,00

**Nota di trascrizione**

Registro generale n. 10861

Registro particolare n. 6544

Data di presentazione 04/05/2009

Immobile n. 3

Comune C141 - CASTELLARANO (RE)

Catasto FABBRICATI

Sezione urbana - Foglio 10

Natura C6 - STALLE, SCUDERIE,

RIMESSE, AUTORIMESSE

Indirizzo UGO FOSCOLO

Piano S1

Particella 253

Consistenza

Subalterno 7

13 metri quadri

N. civico 8

**Sezione C - Soggetti**

**A favore**

Soggetto n. 1 In qualità di ALTRA QUALIFICA

Denominazione o ragione sociale TRUST GENESIS

Sede

Codice fiscale 91124260356

Relativamente all'unità negoziale n. 1 Per il diritto di PROPRIETA'

Per la quota di 1/1

**Contro**

Soggetto n. 1 In qualità di ALTRA QUALIFICA

Cognome COPELLI

Nome GIANFRANCO

Nato il 08/01/1947 a MODENA (MO)

Sesso M Codice fiscale CPL GFR 47A08 F257 Y

Relativamente all'unità negoziale n. 1 Per il diritto di PROPRIETA'

Per la quota di 1/1

**Sezione D - Ulteriori informazioni**

*Altri aspetti che si ritiene utile indicare ai fini della pubblicità immobiliare*

COME RISULTA DALL'ELABORATO PLANIMETRICO DELL'INTERO FABBRICATO IL MAPPALE 253 SUB. 1 (B. C.N.C.) IDENTIFICA L'AREA CORTILIVA. LA SOCIETA' "CUCCOLI 1953 S.R.L." CON SEDE LEGALE IN MODENA (MO), VIALE TRENTO TRIESTE N. 45, CAPITALE SOCIALE EURO 20.000,00, INTERAMENTE VERSATO, ISCRITTA ALLA C.C.I.A.A. DI MODENA AL N. 365390 REA, NUMERO DI ISCRIZIONE DEL REGISTRO DELLE IMPRESE DI MODENA E CODICE FISCALE 03177440363, CON L'ATTO DI CUI ALLA PRESENTE NOTA HA ACQUISITO LA QUALITA' DI TRUSTEE DEL "TRUST GENESIS" C.F. 91124260356 ISTITUITO CON ATTO AUTENTICATO NELLE FIRME DAL NOTAIO FRANCESCO LUIGI RISSO DI GENOVA, REP. N. 20938/10883 E TRASCRITTO A REGGIO NELL'EMILIA IL 24.03.2005 AL N. 4808 REG. PART..

Italia

## Atto di cessazione del trust “Nuvole Bianche”

■ **Atto di cessazione del trust “Nuvole Bianche” 2 marzo 2007, Rep. n. 124199 - Racc. n. 26481**

Addì dodici maggio duemilanove.

12-05-2009 in Trieste, via San Nicolò n. 33.

Davanti a me dottor Giuliano CHERSI, Notaio in Trieste, iscritto presso il Collegio Notarile di Trieste, sono presenti i signori:

– SANTANGELO dottor Paolo, nato a ... il giorno ..., residente a ..., codice fiscale ...;

il quale interviene nel presente atto in qualità di Trustee del Trust Nuvole Bianche, codice fiscale 90108510323,

istituito in data 6 settembre 2005 con atto repertorio n. 88516/20552 del Notaio dottor Furio DEI ROSSI, registrato a Trieste il 26 settembre 2005 al n. 4958 Serie I

– SVARA dott.ssa Tjasa, nata a ... il giorno ..., residente a ..., codice fiscale .....

la quale interviene nel presente atto in qualità di Guardiano del Trust Nuvole Bianche;

– PANICCIA dotto Massimo, nato a ... il giorno ..., domiciliato ...,

il quale interviene nel presente atto in qualità di Presidente, come da me Notaio accertato, della “FONDAZIONE CASSA DI RISPARMIO DI TRIESTE”, con sede in Trieste, via Cassa di Risparmio n. 10, iscritta al numero 19 del Registro delle Persone Giuridiche presso la Prefettura di Trieste -Ufficio territoriale del Governo, già iscritta nel Registro delle Persone Giuridiche presso la Cancelleria del Tribunale di Trieste al numero 307, vol. II, codice fiscale numero 90053410321,

– RET comm. Giorgio, nato a ... il giorno ..., domiciliato per la carica in ...,

il quale interviene nel presente atto in qualità di Sindaco del COMUNE DI DUINO-AURISINA -DEVIN NABREZINA, con sede in Duino-Aurisina, Aurisina Cave n. 25, codice fiscale n. 00157190323,

cittadini italiani, dell'identità personale e poteri di firma dei quali io Notaio sono certo.

I medesimi, ... premettono:

– che la “FONDAZIONE CASSA DI RISPARMIO DI TRIESTE”, unitamente al COMUNE DI DUINO-AURISINA, entrambi come sopra individuati, ciascuno per il tramite dei propri legali rappresentanti, di seguito i

“Disponenti”, hanno istituito in data 6 settembre con atto repertorio n. 88516/2052 del Notaio dottor Furio DEI ROSSI, registrato a Trieste il 26 settembre 2005 al n. 4958 Serie I, il Trust denominato “Nuvole Bianche”, codice fiscale 90108510323;

– che il Trust è retto dalla Legge di Jersey, Trust Jersey Law 1984 come modificata dalla Trusts (Amendment n. 4) (Jersey) Law 2006 entrata in vigore il 27 ottobre 2006, che si allega al presente atto sub “A”, omissane la lettura per concorde rinuncia fatta dai comparenti a me Notaio, di seguito “Legge Regolatrice”, in quanto scelta dai Disponenti ex art. 6 della Convenzione sulla legge applicabile ai trusts ed al loro riconoscimento adottata a L'Aja il 1° luglio 1985 ed integralmente ratificata e resa esecutiva dallo Stato Italiano con legge 16 ottobre 1989 n. 364 entrata in vigore il 1° gennaio 1992;

– che lo scopo del Trust, enunciato al suo articolo 3), è di “procedere all'ampliamento dell'attuale “Asilo Nido” sito in Sistiana attraverso la realizzazione di un'ala moderna ed attrezzata in maniera idonea da destinarsi al servizio pubblico di accogliimento, accudimento e intrattenimento ludico-ricreativo-pedagogico di bambini in età compresa tra i 3 e i 12 mesi (di seguito “Giardino dei Lattanti”) a vantaggio delle famiglie locali che ne avranno diritto”, di seguito lo “Scopo”;

– che Trustee del Trust è il dotto Paolo SANTANGELO, come sopra individuato, che ha accettato l'ufficio contestualmente all'istituzione del Trust e da detta data ha sempre ricoperto la carica senza soluzione di continuità, di seguito il “Trustee”;

– che i beni in Trust sono individuati all'art. 6 del Trust e sono stati trasferiti, al momento dell'istituzione del Trust, salvo per quanto al bene immobile di cui al punto che segue, in piena proprietà al Trustee, che ha accettato contestualmente all'istituzione del Trust;

– che il fondo di dotazione del Trust è stato implementato ulteriormente da parte della “FONDAZIONE CAS-

L'intavolazione del ritrasferimento del diritto di proprietà sul bene immobile oggetto del trust al Comune di Duino-Ardesina è stata disposta con decreto del Trib. Trieste, 17 luglio 2009, supra, 410.

SA DI RISPARMIO DI TRIESTE” con Euro 70.000,00 (settantamila virgola zero zero) in data 11 settembre 2008;

– che quanto al bene immobile di cui al citato art. 6, rappresentato dall’Asilo Nido già individuato come: particella edificiale 258 (duecentocinquante) che insiste sulla particella catastale 1859/2 (milleottococquantanove/due) entrambe censite nel corpo tavolare secondo della Partita Tavolare 173 (centosettantatre) del Comune Censuario di Malchina - ed al Catasto Fabbricati di Trieste - Comune di Duino-Aurisina, come segue:

foglio C/12, particella 1859/2, frazione Sistiana n. 13/A, piano T, categoria B/5, classe 3, metri quadrati 1631, rendita catastale Euro 1.937,38 (millenovecentotrentasette virgola trentotto);

ed al Catasto Terreni di Trieste - Comune di Duino-Aurisina - Sezione di Malchina come segue:

foglio 12, particella 1859/2, pascoli di classe seconda di metri quadrati 2188 (duemilacentottantotto), Reddito Dominicale Euro 2,83 Reddito Agrario Euro 0,90;

di seguito l’“Immobile”, lo stesso è stato trasferito in proprietà del Trust, dal Disponente Comune di Duino-Aurisina all’atto dell’istituzione del Trust ed in forza del decreto del Giudice Tavolare di Trieste del 25 settembre 2005 Giornal Numero 10804/2005;

– che detto bene immobile è ora così individuato:

– all’Ufficio Tavolare di Trieste:

in Comune Censuario di Malchina

alla Partita Tavolare 2524 (duemilacinquecentoventiquattro), corpo tavolare primo, particella catastale 1859/9 (milleottococquantanove/nove) ente urbano a seguito/del commissamento delle particelle 258 e 1859/2 intervenuto con decreto tavolare sub Giornal Numero 2530/2009,

al Catasto Fabbricati di Trieste - Comune di Duino-Aurisina:

foglio C/12, particella 1859/9, località Sistiana n. 13/A, piano T, categoria B/5, classe 3, metri cubi 1560, superficie catastale metri quadrati 440, rendita catastale Euro 1.853,05 (milleottococquantatre virgola zero cinque);

– che Guardiano del Trust è la dott.ssa Tjasa SVARA, sopra individuata, che ha accettato l’ufficio contestualmente all’istituzione del Trust e da detta data ha sempre coperto tale carica senza soluzione di continuità, di seguito il “Guardiano”;

– che lo Scopo del Trust è stato perfettamente raggiunto in quanto l’ala destinata ad Asilo per l’infanzia è stata regolarmente costruita e collaudata con un verbale di collaudo, noto ai componenti ed in possesso degli stessi, sicché ai sensi dell’art. 5.2.1 il Trustee può ora dichiarare la cessazione del Trust e quindi procedere alla restituzione dei Beni in Trust ai Disponenti, per ciascuno di quelli di rispettiva spettanza, ai sensi dell’art. 10 del Trust;

– che al fine di poter procedere alla dichiarazione di

intervenuta cessazione del Trust e contestuale restituzione dei Beni ai Disponenti, conformemente al citato art. 10, il Trustee ha redatto il Rendiconto Finale del Trust che è stato regolarmente approvato dal Guardiano;

tutto ciò premesso

e ritenuto parte integrante e sostanziale del presente atto, il Trustee,

visti

gli articoli 5 e 10 del Trust;

l’articolo 43 della Legge Regolatrice;

trasferisce i Beni in Trust

quanto:

1) all’immobile, in piena ed esclusiva proprietà al Disponente COMUNE DI DUINO-AURISINA;

2) al danaro residuo dopo il perseguimento dello Scopo, pari ad Euro 27.287,55 (ventisettemiladuecentotantasette virgola cinquantacinque), come risultante dal Rendiconto Finale della Gestione del Trust approvato dal Guardiano, in piena ed esclusiva proprietà del Disponente “FONDAZIONE CASSA DI RISPARMIO DI TRIESTE”:

e per gli effetti,

dichiara

a) che in forza di detti trasferimenti non residua alcun Bene in Trust;

b) l’intervenuta cessazione del Trust Nuvole Bianche per avvenuto perseguimento del suo Scopo.

Ai sensi del D.P.R. 445/2000 articoli 46 e 47, da me Notaio previamente ammonito sulle conseguenze anche penali previste dall’articolo 76 del citato D.P.R. 445/2000 per le ipotesi di falsità in atti e di dichiarazioni mendaci ivi indicate, in relazione a quanto disposto dall’art. 35 comma 22 del D.L. 223/2006 convertito in L. 248/2006, il Trustee ed i legali rappresentanti dei Disponenti dichiarano:

a) che il danaro residuo dopo il perseguimento dello Scopo del Trust è stato corrisposto dal Trustee al Disponente “FONDAZIONE CASSA DI RISPARMIO DI TRIESTE” mediante assegno circolare di data 11 maggio 2009, numero D 7.005.419.396 01 emesso da Unicredit Banca;

b) che non si sono avvalse di un mediatore immobiliare per la conclusione del presente contratto.

Il Trustee, da me Notaio previamente ammonito sulle responsabilità anche penali in caso di dichiarazione mendace, dichiara - ai sensi del secondo comma dell’articolo 40 della L. 47/1985 - che la costruzione dell’immobile in oggetto è stata iniziata anteriormente al primo settembre 1967.

Il medesimo dichiara inoltre che l’ampliamento dell’immobile stesso è avvenuto sulla base della concessione edilizia rilasciata dal Comune di Duino-Aurisina in data 16 ottobre 2007 protocollo n. 29056 cui ha fatto seguito l’autorizzazione per opere ricadenti in zone sottoposte a vincolo paesaggistico ed ambientale con provvedimento

del medesimo Comune in data 17 settembre 2007 protocollo n. 25992.

Il Trustee dichiara inoltre, ai fini di cui all'articolo 41 della L. 47/1985, per quanto a sua conoscenza:

– che in relazione al fabbricato oggetto del presente atto non sono intervenuti i provvedimenti sanzionatori citati nel predetto articolo riguardanti opere abusive;

– che comunque non sono state realizzate opere o modifiche non debitamente autorizzate o regolarizzate.

Il Trustee, per quanto occorrer possa, rinuncia all'iscrizione dell'ipoteca legale.

Il Trustee, ai sensi del D.P.R. 445/2000 articoli 46 e 47 (T. U. delle disposizioni in materia di dichiarazioni amministrative), da me Notaio previamente ammonito sulle responsabilità anche penali in caso di dichiarazione mendace, dichiara che il fabbricato in oggetto ricade nella previsione dell'articolo 6, comma 1 bis lettera b), del D.Lgs. 192/2005 modificato dal D.Lgs. 311/2006 - trattandosi di intero immobile - e che per esso è stato rilasciato l'Attestato di Qualificazione Energetica asseverato dal perito industriale Maurizio Vegliach e dall'arch. Umberto Wetzl in data 25 agosto 2008, che viene consegnato al Disponente "COMUNE DI DUINO-AURISINA" in data odierna.

Le parti fanno constare che a seguito della cessazione del Trust, vengono consegnati al rappresentante del Comune di Duino-Aurisina i documenti di cui all'elencazione che si allega sub "B", omessane la lettura per espressa dispensa a me Notaio datane dai componenti previa sottoscrizione con me Notaio.

Ai sensi e per gli effetti dell'articolo 123 bis della Legge Tavolare le parti eleggono domicilio presso il mio Studio ed altresì nominano me Notaio domiciliatario per la notificazione, presso l'Ufficio Tavolare di Trieste, del decreto di accoglimento della domanda di intavolazione del presente atto.

Il presente atto è stato letto da me Notaio ai componenti, che lo hanno approvato, confermato e sottoscritto in calce ed a margine del primo foglio con me Notaio, alle ore 19.00 scritto con mezzi meccanici da persona di mia fiducia ed in parte completato a mano da me Notaio su due fogli di cui occupa quattro pagine intere e fin qui della presente.

F.to PANICCIA Massimo

F.to RET Giorgio

F.to SVARA Tjasa

F.to SANTANGELO Paolo

(L.S.) F.to dott. Giuliano CHERSI - Notaio

Italia

# Trust di scopo a vantaggio di una procedura concorsuale: la formalità pubblicitaria

## ■ Ispezione ipotecaria

<b>Agenzia del Territorio</b>		<b>Ispezione ipotecaria</b>	
Ufficio Provinciale di BOLOGNA Servizio di Pubblicità Immobiliare		Data 26/03/2010 Ora 20:11:05	
		Pag. 1 - segue	
<b>Ispezione Telematica</b>			
		n. T 547668 del 26/03/2010	
		Inizio ispezione 26/03/2010 20:08:54	
Richiedente ZNBRRT62B67A7940		Tassa versata € 4,00	
<b>Nota di trascrizione</b>			
Registro generale n.	13804		
Registro particolare n.	8314	Data di presentazione	26/03/2010
<b>Sezione A - Generalità</b>			
<i>Dati relativi al titolo</i>			
Descrizione	ATTO NOTARILE PUBBLICO	Numero di repertorio	9374/5355
Data	22/03/2010	Codice fiscale	ZNB RRT 62B67 A794 Z
Notaio	ZANIBONI ROBERTA		
Sede	BUDRIO (BO)		
<i>Dati relativi alla convenzione</i>			
Specie	ATTO TRA VIVI		
Descrizione	126 COSTITUZIONE DI VINCOLO		
Voltura catastale automatica	NO		
<i>Altri dati</i>			
Sono presenti nella sezione D parti libere relative a sezione A e sezione B			
<i>Dati riepilogativi</i>			
Unità negoziali	1	Soggetti a favore	-
		Soggetti contro	1
<b>Sezione B - Immobili</b>			
<i>Unità negoziale n. 1</i>			
Immobile n.	1		
Comune	A944 - BOLOGNA (BO)		
Catasto	FABBRICATI		
Sezione urbana	-	Foglio	177
Natura	A4 - ABITAZIONE DI TIPO POPOLARE	Particella	68
		Consistenza	5,5 vani
Indirizzo	VIA ENRICO FERMI	Subalterno	2
Piano	T	N. civico	3

**Agenzia del Territorio**Ufficio Provinciale di BOLOGNA  
Servizio di Pubblicità Immobiliare**Ispezione ipotecaria**

Data 26/03/2010 Ora 20:11:05

Pag. 2 - segue

**Ispezione Telematica**

	n. T 547668 del 26/03/2010
	Inizio ispezione 26/03/2010 20:08:54
Richiedente ZNBRRT62B67A7940	Tassa versata € 4,00

**Nota di trascrizione**

Registro generale n.	13804		
Registro particolare n.	8314	Data di presentazione	26/03/2010

**Sezione C - Soggetti****Contro**

Soggetto n. 1	In qualità di	CONTRO		
	Cognome	BOTTURA	Nome	STEFANO
	Nato il	26/12/1959	a	BOLOGNA (BO)
	Sesso	M	Codice fiscale	BTT SFN 59T26 A944 I
	Relativamente all'unità negoziale n.	1	Per il diritto di	PROPRIETA'
	Per la quota di	1/1		

**Sezione D - Ulteriori informazioni***Altri aspetti che si ritiene utile indicare ai fini della pubblicità immobiliare*

- CHE IN DATA 22 LUGLIO 2008, CON ATTO DI COMPRAVENDITA A MINISTERO DEL DOTT. IACOPO BERSANI, NOTAIO IN BOLOGNA, REP N. 35.485/7.018, REGISTRATO ALL'AGENZIA DELLE ENTRATE - UFFICIO DI BOLOGNA 4 - IL 12 AGOSTO 2008 AL N. 9582, SERIE 1T (DI SEGUITO IL "ROGITO"), IL SIGNOR BOTTURA STEFANO HA ACQUISTATO DAL SIGNOR BOTTURA IVANO (NATO A BOLOGNA (BO) IL 20 FEBBRAIO 1955, RESIDENTE IN BOLOGNA (BO) VIA ENRICO FERMI N. 3, C.F. BTT VNI 55B20 A944H), LA QUOTA DI 1/2 (UN MEZZO) DI COMPROMIETA' INDIVISA SU PORZIONE DI FABBRICATO URBANO SITO IN COMUNE DI BOLOGNA (BO), VIA ENRICO FERMI N. 3, COSTITUITA DA UN APPARTAMENTO POSTO AL PIANO PRIMO, CON ANNESSA CANTINA DI PERTINENZA DISTINTO AL CATASTO FABBRICATI DEL COMUNE DI BOLOGNA AL FOGLIO 177, PARTICELLA 68, SUB. 2, MEGLIO INFRA DESCRITTO, DI SEGUITO L' "IMMOBILE"; - CHE ALL'ART. 6 DEL "ROGITO" E' 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 SOCIETA' "AERTECNICA COMMERCIALE S.A.S DI IVANO BOTTURA & C." (CON SEDE IN CREPELLANO, CODICE FISCALE E NUMERO DI ISCRIZIONE AL REGISTRO DELLE IMPRESE DI BOLOGNA: 02126150370) E DEL SOCIO ILLIMITATAMENTE RESPONSABILE SIGNOR BOTTURA IVANO 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 BOLOGNA, VIA DEGLI ORTI N. 2; - CHE CON RACCOMANDATA A.R. DEL 25 GENNAIO 2010 IL CURATORE HA DIFFIDATO IL SIGNOR STEFANO BOTTURA DALL'EFFETTUARE PAGAMENTI SE NON ALLA PROCEDURA FALLIMENTARE; - CHE CON RACCOMANDATA IN RISPOSTA DEL 23 FEBBRAIO 2010 IL SIGNOR STEFANO BOTTURA HA INFORMATO IL CURATORE DELLA SUA VOLONTA' 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 PERO' COME TALE RIMEDIO AVREBBE DI FATTO OSTACOLATO LA LIBERA

**Agenzia del Territorio**

Ufficio Provinciale di BOLOGNA  
Servizio di Pubblicità Immobiliare

**Ispezione ipotecaria**

Data 26/03/2010 Ora 20:11:05

Pag. 3 - segue

**Ispezione Telematica**

n. T 547668 del 26/03/2010

Inizio ispezione 26/03/2010 20:08:54

Richiedente ZNBRR62B67A7940

Tassa versata € 4,00

**Nota di trascrizione**

Registro generale n. 13804

Registro particolare n. 8314

Data di presentazione 26/03/2010

COMMERCIALITÀ 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. 2645 TER C.C. SULL'IMMOBILE, PER GARANTIRE IL PAGAMENTO DEL SALDO DOVUTO ALLA PROCEDURA FALLIMENTARE, PREVIO NECESSARIO CONSENSO DA PARTE DEL SIGNOR STEFANO BOTTURA, CHIEDENDO PERTANTO DI ESSERE AUTORIZZATA A PROPORRE AL SIGNOR STEFANO BOTTURA DI APPORRE UN VINCOLO DI DESTINAZIONE PER MEZZO DI UN TRUST AUTODICHIARATO E DI NOMINARE QUALE LEGALE DELLA PROCEDURA L'AVV. ANNA PAOLA TONELLI; - CHE IL GIUDICE DELEGATO, CON DECRETO DEL 2 MARZO 2010, HA AUTORIZZATO IL CURATORE A FORMALIZZARE AL SIGNOR STEFANO BOTTURA LA PROPOSTA DI ISTITUIRE UN TRUST AUTODICHIARATO CON VINCOLO DI DESTINAZIONE IN FAVORE DELLA PROCEDURA FALLIMENTARE, NOMINANDO A TAL FINE L'AVV. ANNA PAOLA TONELLI, CON STUDIO IN BOLOGNA, VIALE PANZACCHI N. 25, 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 BOTTURA STEFANO, 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 AVRA' QUANTO MENO GLI EFFETTI DI CUI ALL'ART. 2645-TER COD. CIV. TUTTO CIO' PREMESSO E CONSIDERATO PARTE INTEGRANTE E SOSTANZIALE DEL PRESENTE ATTO, IL SIGNOR BOTTURA STEFANO 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 PUO' ESSERE REVOCATO SOLO DAL CURATORE CHE PROVVEDE ALLA NOMINA CONTESTUALE DEL SUO SUCCESSORE. IN TALE IPOTESI, FIN D'ORA, IL SIGNOR STEFANO BOTTURA 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 BOLOGNA (BO), VIA ENRICO FERMI N. 3 (CATASTALMENTE VIA DELLA BARCA N. 94/2) COSTITUITA DA UN APPARTAMENTO POSTO AL PIANO PRIMO, CON ANNESSA CANTINA DI PERTINENZA AL PIANO TERRA DEL MEDESIMO FABBRICATO; IN CONFINE CON: VIA FERMI, BENI BIAVATE ORESTE O GIÀ TALI E PARTI COMUNI, SALVI ALTRI E PIÙ PRECISI CONFINI. IL TUTTO COSÌ DISTINTO: DATI CATASTO FABBRICATI: COMUNE DI BOLOGNA, FOGLIO 177: - PARTICELLA 68, SUB. 2, VIA DELLA BARCA N. 94/2, P.T.-1, Z.C. 2, CAT. A/4, CL. 3, VANI 5,5, R.C. EURO 426,08; 2) OGNI REDDITO DEL FONDO IN TRUST CHE IL TRUSTEE VI ACCUMULI. NESSUN ALTRO BENE O DIRITTO PUO' 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

**Agenzia del Territorio**Ufficio Provinciale di BOLOGNA  
Servizio di Pubblicità Immobiliare**Ispezione ipotecaria**

Data 26/03/2010 Ora 20:11:05

Pag. 4 - segue

**Ispezione Telematica**

	n. T 547668 del 26/03/2010
	Inizio ispezione 26/03/2010 20:08:54
Richiedente ZNBRRT62B67A7940	Tassa versata € 4,00

**Nota di trascrizione**

Registro generale n.	13804	Data di presentazione	26/03/2010
Registro particolare n.	8314		

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 PUO' ESSERE OGGETTO DI NESSUN NEGOZIO GIURIDICO A TITOLO DI GODIMENTO E PUO' 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 MODALITA' E TERMINI ENUNCIATI NELLA PARTE III DI QUESTO ATTO. ART. 5 - IL "GUARDIANO", LA SUA SUCCESSIONE A. "GUARDIANO" DEL TRUST E' IL CURATORE DELLA PROCEDURA PRO TEMPORE IN CARICA; ATTUALMENTE "GUARDIANO" E' LA RAG. BARALDI CRISTINA, COME SOPRA COSTITUITA, CHE ACCETTA. L'AVV. ANNAPAOLA TONELLI 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 PUO' MAI RIMANERE VACANTE DURANTE LA VIGENZA DEL TRUST A PENA DI NULLITA'; 2. E' GRATUITO; C. IL GUARDIANO PUO' 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" E' LA DATA DI SOTTOSCRIZIONE DEL PRESENTE ATTO DA PARTE DEL DISPONENTE E DEL GUARDIANO; 2. IL CUI "TERMINE FINALE" E': A) IL GIORNO IN CUI IL GUARDIANO DICHIARI 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 E' PIU' 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 E' REGOLATO DALLA LEGGE DI JERSEY, ISOLE DEL CANALE. B. LE OBBLIGAZIONI E LA RESPONSABILITA' DEL TRUSTEE SONO DISCIPLINATE CUMULATIVAMENTE DALLA LEGGE ITALIANA E DALLA LEGGE REGOLATRICE. C. LA VALIDITA', L'EFFICACIA E L'OPPONIBILITA' 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 E' CONSIDERATO QUALE GESTORE DI BENI CHE SONO IN SUA PIENA ED ESCLUSIVA PROPRIETA' DAL PUNTO DI VISTA DELLA TITOLARITA' DEL RELATIVO DIRITTO DOMINICALE, SEBBENE L'ESERCIZIO DI TALE DIRITTO SIA DESTINATO ESCLUSIVAMENTE A SODDISFARE LO SCOPO. F. IL GUARDIANO PUO' 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 E' OBBLIGATORIAMENTE ED ESCLUSIVAMENTE SOTTOPOSTA ALLA MAGISTRATURA ITALIANA, FORO ESCLUSIVO DI BOLOGNA. B. OGNI PROCEDIMENTO FINALIZZATO A FAR PRONUNCIARE ALL'AUTORITA' GIUDIZIARIA LA NOMINA DEL TRUSTEE O AD IMPARTIRE DIRETTIVE E PRESCRIZIONI E' PROPOSTA ESCLUSIVAMENTE DINANZI LA MAGISTRATURA ITALIANA, FORO ESCLUSIVO DI BOLOGNA. ART. 9 FORMA DELLE COMUNICAZIONI E DEGLI ATTI A. OGNI COMUNICAZIONE AVENTE TITOLO DAL

**Agenzia del Territorio**

Ufficio Provinciale di BOLOGNA  
Servizio di Pubblicità Immobiliare

**Ispezione ipotecaria**

Data 26/03/2010 Ora 20:11:05

Pag. 5 - segue

**Ispezione Telematica**

n. T 547668 del 26/03/2010

Inizio ispezione 26/03/2010 20:08:54

Richiedente ZNBRR62B67A7940

Tassa versata € 4,00

**Nota di trascrizione**

Registro generale n. 13804

Registro particolare n. 8314

Data di presentazione 26/03/2010

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'AUTORITA' 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 PUO' 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 LA 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 E' 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 E' FINALIZZATA SOLO A CONSENTIRE L'INCASSO DEL SALDO DOVUTO, O DI SUOI "ACCONTI" E/O "CAPARRE", A MANI DEL PREDETTO SICCHE' 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 E' 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 CIO' RELATIVE, RIMANENDO LA DEFINIZIONE DELLE STESSE ESCLUSIVAMENTE RIMESSA ALLA LIBERA DISCREZIONE DEL TRUSTEE E DELL'AVENTE CAUSA. B. IL TRUSTEE PUO' LIBERAMENTE DETERMINARE: 1. IL PREZZO DELLA CESSIONE DELL'IMMOBILE, PURCHE' SUPERIORE AD EURO 100.000,00 (CENTOMILA VIRGOLA ZERO ZERO); 2. LE MODALITA' 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. MODALITA' 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 - RESPONSABILITA' DELL'AVENTE CAUSA A. IL VINCOLO DI DESTINAZIONE CHE SORGE PER EFFETTO DEL PRESENTE TRUST AUTODICHIARATO E' TRASCRITTO NELLA CONSERVATORIA DEI PUBBLICI REGISTRI IMMOBILIARI DI BOLOGNA AL FINE DI RENDERLO CONOSCIBILE E OPPONIBILE AI

**Agenzia del Territorio**Ufficio Provinciale di BOLOGNA  
Servizio di Pubblicità Immobiliare**Ispezione ipotecaria**

Data 26/03/2010 Ora 20:11:05

Pag. 6 - segue

**Ispezione Telematica**

n. T 547668 del 26/03/2010

Inizio ispezione 26/03/2010 20:08:54

Richiedente ZNBRRT62B67A7940

Tassa versata € 4,00

**Nota di trascrizione**

Registro generale n. 13804

Registro particolare n. 8314

Data di presentazione 26/03/2010

TERZI CHE A QUALSIASI TITOLO DOVESSERO CONTRATTARE CON IL SIGNOR STEFANO BOTTURA. B. L'AVENTE CAUSA CHE CONSEGNI SOMME DI DANARO AL SIGNOR STEFANO BOTTURA IN DIFFORMITA' ALLE CONDIZIONI E TERMINI PREVISTI DA QUESTO TRUST DIVIENE PERSONALMENTE RESPONSABILE NEI CONFRONTI DELLA PROCEDURA FALLIMENTARE ALLA QUALE SARA' TENUTO A RESTITUIRE L'EQUIVALENTE DELLA SOMMA PAGATA PER IL TRASFERIMENTO E NON VERSATA AL CURATORE. ART. 16 - ESONERO DI RESPONSABILITA' DA PARTE DEL SIGNOR STEFANO BOTTURA A. CON IL PRESENTE ATTO NON VIENE EFFETTUATO ALCUN TRASFERIMENTO DI PROPRIETA' O ALTRI DIRITTI REALI, CONSEGUENTEMENTE IL SIGNOR BOTTURA STEFANO E' L'ESCLUSIVO PROPRIETARIO DELL'"IMMOBILE" IN OGGETTO E TALE RIMANE ANCHE A SEGUITO DEL PRESENTE ATTO ISTITUTIVO DI TRUST AUTODICHIARATO, SICCHE' IL MEDESIMO SIGNOR BOTTURA STEFANO SARA' AD OGNI EFFETTO DI LEGGE IL SOLO DANTE CAUSA DELL'"AVENTE CAUSA". B. STANTE QUANTO SOPRA DICHIARATO ALLA PRECEDENTE LETTERA "A", IL SIGNOR BOTTURA STEFANO DICHIARA E RICONOSCE PER SE' E PROPRI AVENTI CAUSA CHE IL CURATORE NON POTRA' MAI IN ALCUN MODO ESSERE RITENUTO RESPONSABILE DI EVENTUALI DIFFORMITA' 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 STEFANO BOTTURA, CHE NE SARA' UNICO RESPONSABILE A TUTTI GLI EFFETTI. C. IN RAGIONE DI QUANTO AL COMMA CHE PRECEDE, IL SIGNOR STEFANO BOTTURA FIN D'ORA MANLEVA LA PROCEDURA FALLIMENTARE E IL CURATORE DA QUALSIASI RESPONSABILITA' DERIVANTE DA EVENTUALI DIFFORMITA' O ABUSI EDILIZI, IMPIANTI NON CONFORMI ALLA NORMATIVA VIGENTE O NON FUNZIONANTI, RESPONSABILITA' PER IMPOSTE E CONTRIBUTI ERARIALI O COMUNALI NON PAGATE, ARRETRATI PER CONTRIBUTI CONDOMINIALI, ONERI E SPESE NECESSARI PER IL CONSEGUIMENTO DELL'AGIBILITA' DELL'IMMOBILE, GARANZIE PER VIZI, ANCHE OCCULTI, E PER EVIZIONE, GARANZIE SULLA LIBERA CEDIBILITA' DELL'IMMOBILE, IMPOSTE, SOVRATTASSE ED ONERI CONSEGUENTI ALL'EVENTUALE DECADENZA DA AGEVOLAZIONI FISCALI E COMUNQUE PRESTA LE PIU' AMPIE GARANZIE DI TENERE INDENNE LA PROCEDURA FALLIMENTARE E IL CURATORE DA OGNI SPESA O DANNO RELATIVI O CONSEGUENTI ALLA TITOLARITA' DELL'IMMOBILE, ESSENDO EGLI, COME PIU' VOLTE INDICATO, L'UNICO ED ESCLUSIVO ATTUALE PROPRIETARIO DELL'"IMMOBILE". ART. 17 - DIRITTO RESIDUO SUL FONDO IN TRUST DA PARTE DEL SIGNOR STEFANO BOTTURA A. IL SIGNOR STEFANO BOTTURA 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 STEFANO BOTTURA SARA' TRUSTEE, L'INCASSO DEL RESIDUO DI SUA SPETTANZA, SARA' A SUA ESCLUSIVA CURA E ONORE NON POTENDO MAI EGLI, A NESSUN TITOLO, RIVALERSI SULLA PROCEDURA FALLIMENTARE O ONERARE LA STESSA DI ADEMPIMENTI DI SORTA. ART.18 - DIRITTI DEL SIGNOR STEFANO BOTTURA IN CASO DI SUA REVOCA DALL'UFFICIO DI TRUSTEE A. IL TRUSTEE CHE NEL CORSO DELLA DURATA DEL TRUST DOVESSE SOSTITUIRE IL SIGNOR STEFANO BOTTURA 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 STEFANO BOTTURA 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 E' NECESSARIO PER CORRISPONDERE IL PRIMA POSSIBILE AL SIGNOR STEFANO BOTTURA QUANTO DI SUA EVENTUALE SPETTANZA RESIDUA. ART. 19 - DICHIARAZIONE DI

**Agenzia del Territorio**

Ufficio Provinciale di BOLOGNA  
Servizio di Pubblicità Immobiliare

**Ispezione ipotecaria**

Data 26/03/2010 Ora 20:11:05

Pag. 7 - segue

**Ispezione Telematica**

n. T 547668 del 26/03/2010

Inizio ispezione 26/03/2010 20:08:54

Richiedente ZNBRR62B67A7940

Tassa versata € 4,00

**Nota di trascrizione**

Registro generale n. 13804

Registro particolare n. 8314

Data di presentazione 26/03/2010

ATTUAZIONE DELLO SCOPO A. INCASSATO IL SALDO DOVUTO, IL GUARDIANO DICHIARA: 1) CHE LO SCOPO DEL TRUST E' 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 PROPRIETA' DEL TRUSTEE AFFINCHE' 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 FACOLTA' DEL PIENO PROPRIETARIO, FERMI I LIMITI ENUNCIATI IN QUESTO ATTO. C. IL TRUSTEE: 1) HA CAPACITA' PROCESSUALE ATTIVA E PASSIVA RISPETTO AI BENI IN TRUST, CHE ESERCITA PREVIA AUTORIZZAZIONE DEL GUARDIANO; 2) PUO' COMPARIRE NELLA SUA QUALITA' INNANZI A NOTAI O PUBBLICHE AUTORITA'; 3) PUO' RIVOLGERSI AL GUARDIANO IN QUALSIASI MOMENTO PER OTTENERE PRESCRIZIONI O DIRETTIVE. ART. 21 - LIMITI AI POTERI GESTIONALI DEL TRUSTEE A. IL TRUSTEE NON PUO' 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, RELAZIONANDO 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 OPPOINIBILE AI TERZI IL SUO TITOLO DI PROPRIETA', NELLA SUA QUALITA' 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 QUALITA' 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 QUALITA' DI TRUSTEE O IN ALTRO CHE PALESI L'ESISTENZA DEL TRUST E OGNI SOMMA E' DEPOSITATA SU CONTI ALLO STESSO INTESTATI IN QUALITA' DI TRUSTEE DEL TRUST. C. IL GUARDIANO PUO' CHIEDERE ALL'AUTORITA' 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 E' 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 PUO' FARSI AIUTARE DAL MEDESIMO PER LA SUA TENUTA. D. CHIUNQUE: 1) CONTRAGGA CON IL TRUSTEE; 2) ENTRI IN CONTATTO CON IL TRUSTEE PER UNA LEGGITTIMA RAGIONE O TITOLO; E' LEGGITTIMATO A FARE PIENO AFFIDAMENTO SULLE RISULTANZE DEL LIBRO DEGLI EVENTI. ART. 24 - "COMPENSO DEL TRUSTEE" A. L'UFFICIO DI TRUSTEE E' GRATUITO; B. OGNI SPESA SOSTENUTA DAL TRUSTEE PER L'ESERCIZIO DEL SUO UFFICIO E' PERSONALMENTE A SUO CARICO E NON PUO' MAI ESSERE IMPUTATA AL FONDO IN TRUST O ALLA PROCEDURA FALLIMENTARE. ART. 25 - "RENDICONTO" A. IL TRUSTEE MANTIENE UNA CONTABILITA' ACCURATA E LA DOCUMENTAZIONE DI OGNI OPERAZIONE, AVVALENDOSI DEL SUPPORTO ESCLUSIVO DEL GUARDIANO. ART. 26 - CONFLITTO DI INTERESSI A. IL TRUSTEE NON PUO' DIRETTAMENTE, INDIRETTAMENTE, NE' PER INTERPOSTA PERSONA RITRARRE ALCUN VANTAGGIO DAL SUO UFFICIO, SALVE LE PREVISIONI IN SUO FAVORE PREVISTE NEL TRUST. B. IN CASO DI CONFLITTO DI

**Agenzia del Territorio**Ufficio Provinciale di BOLOGNA  
Servizio di Pubblicità Immobiliare**Ispezione ipotecaria**

Data 26/03/2010 Ora 20:11:05

Pag. 8 - Fine

**Ispezione Telematica**

n. T 547668 del 26/03/2010

Inizio ispezione 26/03/2010 20:08:54

Richiedente ZNBRR62B67A7940

Tassa versata € 4,00

**Nota di trascrizione**

Registro generale n. 13804

Registro particolare n. 8314

Data di presentazione 26/03/2010

INTERESSI, COME INTESO DALLA LEGGE REGOLATRICE DEL TRUST, IL TRUSTEE PUO' PROCEDERE ALL'OPERAZIONE IN CONFLITTO QUALORA IL GUARDIANO LO ABBAIA PREVIAMENTE AUTORIZZATO.

ART. 27 - RESPONSABILITA' 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 E' RESPONSABILE PER LE AZIONI CHE ABBAIA INTRAPRESO IN CONFORMITA' AL PARERE RESO DAL GUARDIANO. ART. 28 - TRASFERIMENTO DEI BENI IN TRUST IN CASO DI MUTAMENTO DELL'UFFICIO DI TRUSTEE A. IL SIGNOR STEFANO BOTTURA, 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 SUCCEDE; 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 SUDETTI DIRITTI E OBBLIGAZIONI SONO A CARICO DEL GUARDIANO CHE ALTRESI' NOMINA IL SUCCESSORE DEL TRUSTEE. C. IL TRUSTEE CHE CESSA DALL'UFFICIO PUO' 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 NONCHE' QUALE SEDE DELLO STESSO DOVE OGNI COMUNICAZIONE DEVE ESSERGLI DIRETTA IN: BOLOGNA (BO), VIA ENRICO FERMI N. 3, TEL. 347/26.65.896, E-MAIL: STEFANO.BOTTURA LIBERO.IT. 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 IMPARZIALITA'. C. IL GUARDIANO: 1) HA FACOLTA' DI ESPRIMERE LA PROPRIA OPINIONE SU QUALSIASI ATTIVITA' DEL TRUSTEE, ANCHE SE NON RICHIESTA DALLO STESSO; 2) PUO' 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 BOLOGNA (BO), VIA DEGLI ORTI N. 2, PRESSO IL PROPRIO STUDIO, OVE DEVE ESSERGLI DIRETTA QUALSIASI COMUNICAZIONE, TEL. 051/623.02.23, FAX 051/44.43.95, E-MAIL CRISTINA.BARALDI CGN.LEGALMAIL.IT. 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 E' L'AVV. ANNA PAOLA TONELLI DEL FORO DI BOLOGNA, CHE HA RITENUTO LA LEGGE DI JERSEY, ISOLE DEL CANALE, LEGGE IDONEA A REGOLARE QUESTO TRUST.

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

EDITTRICE  
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  
Ipsa

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 14 giugno 2010

## REDAZIONE

Per informazione in merito  
a contributi, articoli ed argomenti trattati

scrivere o telefonare a:

**Trusts**  
attività fiduciarie

## IPSOA Redazione

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

## 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:

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

## Publicità:

**db Consulting** s.r.l.  
EVENTS & ADVERTISING

db Consulting s.r.l. 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

## 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).