

SAGGI

<p> Criteri per individuare la legge regolatrice dell'interpretazione di un testamento secondo le Corti inglesi di Laura Carpaneto </p>	469
<p> La Corte Suprema inglese rivede la <i>Re Hastings-Bass rule</i> di Elena Antonella Tritto </p>	480
<p> La protezione del patrimonio del figlio minore è assicurata da un trust di MariaGrazia Monegat </p>	488
<p> Riflessioni sulla trasformazione di una società di capitali in trust di Giambattista Coltraro </p>	493
<p> Il contratto di affidamento fiduciario nel codice civile di Ermanno Corallo </p>	501
<p> Il monitoraggio fiscale a carico dei beneficiari di un trust non residente di Daniele Majorana </p>	510

GIURISPRUDENZA ITALIANA

<p> Successione ereditaria, trust e giurisdizione del giudice italiano Italia, Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, ordinanza, 15 marzo 2012, n. 4132, C.B. c H.C.C.M. c Investec Trust (Jersey) Limited, Investec Co-Trustees (Jersey) Limited, Investec Trustees (Jersey) Limited c C.L. </p>	522
<p> Revocatoria di atti dismissivi del patrimonio del debitore Italia, Tribunale di Firenze, ordinanza, 9 novembre 2010, Viola Andrea e Prisma Trust Fiduciaria s.r.l. c Giuseppe Bianco e Giovanni Bianco e Junior Bianco </p>	525
<p> Italia, Tribunale di Firenze, 16 maggio 2013, Viola Andrea c Giovanni Bianco in proprio e quale trustee del trust "Bianco 4" e Junior Bianco </p>	531
<p> Italia, Tribunale di Firenze, 11 aprile 2013, Prisma Trust Fiduciaria Srl c Giovanni Bianco </p>	533
<p> Trust istituito dal genitore a vantaggio del figlio minore Italia, Tribunale di Milano, Giudice Tutelare, 6 marzo 2013, A.A. quale genitore esercente la potestà genitoriale sul figlio minore X </p>	536
<p> Provvedimento cautelare per la revoca di un trustee Italia, Tribunale di Milano, ordinanza, 22 gennaio 2013, G.P. c A.M. quale trustee del G. Srl Trust </p>	537
<p> "Atto di destinazione" connesso alla separazione coniugale Italia, Tribunale di Genova, decreto, 11 dicembre 2012, Vaghi Alfredo c Manti Gabriella </p>	542
<p> L'esecuzione presso una società fiduciaria Italia, Tribunale di Padova, Sez. distaccata di Este, ordinanza, 10 dicembre 2012, G.B. c H.C.C.M. c Investec Trust (Jersey) Limited, Investec Co-Trustees (Jersey) Limited, Investec Trustees (Jersey) Limited c C.L. </p>	547

Trust liquidatorio e di garanzia: imposizione indiretta
Italia, Commissione Tributaria Regionale di Venezia-Mestre, 23 ottobre 2012, n. 69/7/12,
Ag. Entrate Dir. Provin. Uff. Controlli Treviso c P.A. & C. sas in fallimento 549

GIURISPRUDENZA ESTERA

Errore del trustee e rimedi giuridici
Inghilterra e Galles, Supreme Court, 9 maggio 2013, Futter and another v The Commissioners
for Her Majesty's Revenue and Customs; Pitt and another v The Commissioners for Her Majesty's
Revenue and Customs 552

Cittadino italiano e testamento in lingua italiana, ma interpretazione secondo
il diritto inglese
Inghilterra e Galles, Court of Appeal, 31 ottobre 2012, C. Curati v S.M. Perdoni
and R. Perdoni 561

PRASSI ITALIANA

Le ONLUS quali trustee di trust con finalità di solidarietà sociale
Italia, Agenzia delle Entrate, Direzione Regionale del Veneto, Nota di richiesta di parere
preventivo alla soppressa Agenzia per il Terzo Settore 567
Italia, Agenzia per il Terzo Settore, Parere preventivo 568

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

Te attività fiduciarie Trusts

Bimestrale di approfondimento
scientifico e professionale

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

INDIRIZZO INTERNET
HTTP://www.ipsoa.it

DIRETTORE RESPONSABILE
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
Lucia Frascarelli (Assofiduciaria),
Sabina Deneb Puggioni (Avvocato in Roma)

REDAZIONE
Valeria Ruggiero

REALIZZAZIONE GRAFICA
Ipsoa

FOTOCOPOSIZIONE
Sinergie Grafiche S.r.l.
20094 Corsico (MI) - Viale Italia, 12 - Tel. 02/57789422

STAMPA
Geca Spa
Via Magellano, 11 - 20090 Cesano Boscone (MI)
Licenziato per la stampa il 1° agosto 2013

REDAZIONE

Per informazione in merito
a contributi, articoli ed argomenti trattati

scrivere o telefonare a: 

IPSOA Redazione

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

Publicità:


EVENTS & ADVERTISING

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

ABBONAMENTI

Gli abbonamenti hanno durata annuale, solare:
gennaio-dicembre; rolling: 12 mesi dalla data di
sottoscrizione, e si intendono rinnovati, in assenza di
disdetta da comunicarsi entro 60 gg. prima della data di
scadenza a mezzo raccomandata A.R. da inviare a
Wolters Kluwer Italia S.r.l. Strada 1 Pal. F6 Milanofiori
20090 Assago (MI).
Servizio Clienti: tel. 02 824761 -
e-mail: servizioclienti.ipsoa@wki.it -
www.ipsoa.it/servizioclienti
ITALIA
Abbonamento annuale: € 282,00
ESTERO
Abbonamento annuale: € 564,00

CORRISPONDENZA REDAZIONALE

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

AMMINISTRAZIONE

Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri
arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.
scrivere o telefonare a:

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

MODALITÀ DI PAGAMENTO

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

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

Prezzo copia: € 61,00

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 giugno 2003 n. 196, La informiamo che i
Suoi dati personali sono registrati su database elettronici di proprietà di
Wolters Kluwer Italia S.r.l., con sede legale in Assago Milanofiori Strada 1-
Palazzo F6, 20090 Assago (MI), titolare del trattamento e sono trattati da
quest'ultima tramite propri incaricati. Wolters Kluwer Italia S.r.l. utilizzerà
i dati che La riguardano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapi-
ti postali e il Suo indirizzo di posta elettronica saranno utilizzabili, ai sensi
dell'art. 130, comma 4, del D.Lgs. n. 196/2003, anche a fini di vendita diretta
di prodotti o servizi analoghi a quelli oggetto della presente vendita. Lei
potrà in ogni momento esercitare i diritti di cui all'art. 7 del D.Lgs. n.
196/2003, fra cui il diritto di accedere ai Suoi dati e ottenerne l'aggiorna-
mento o la cancellazione per violazione di legge, di opporsi al trattamento
dei Suoi dati ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e
comunicazioni commerciali e di richiedere l'elenco aggiornato dei respon-
sabili del trattamento, mediante comunicazione scritta da inviarsi a:
Wolters Kluwer Italia S.r.l. - PRIVACY - Centro Direzionale Milanofiori
Strada 1-Palazzo F6, 20090 Assago (MI), o inviando un Fax al numero:
02.82476.403.

Criteri per individuare la legge regolatrice dell'interpretazione di un testamento secondo le Corti inglesi

di Laura Carpaneto

Nella sentenza resa nel caso "Curati", la Court of Appeal ha sancito l'applicazione della legge inglese, non ritenendo superabile la presunzione in favore della legge del *domicile* del testatore prevista dalla norma inglese di diritto internazionale privato in materia di interpretazione del testamento. La pronuncia offre lo spunto per svolgere alcune riflessioni sulle peculiarità della disciplina internazionalprivatistica inglese in materia di successioni e per confrontare le soluzioni dell'ordinamento inglese con quelle accolte nel recente Regolamento europeo n. 650/2012, all'adozione del quale il Regno Unito non ha partecipato nell'esercizio della facoltà di *opting-out* prevista dal Protocollo n. 21 allegato ai Trattati europei.

■ Il caso "Curati"

Il caso sottoposto all'attenzione della Court of Appeal riguarda la successione del Signor Pierluigi Curati, nato in Italia (nel paese di Carpaneto), ma vissuto prevalentemente in Inghilterra (a Londra) con la moglie Emilia Curati, anch'essa italiana, originaria dello stesso paese del marito(1). I coniugi hanno portato avanti l'attività di ristorazione originariamente avviata a Londra dalla famiglia della Signora Curati e negli anni hanno creato un ingente patrimonio mobiliare e immobiliare, con beni situati prevalentemente in Inghilterra, ma anche in Italia.

In assenza di figli, con il primo testamento del 1980 redatto all'interno di un documento formale in lingua inglese a Londra, il Signor Curati ha disposto dei soli beni situati in Inghilterra in favore della moglie, prevedendo tuttavia che, per il caso che la moglie non gli fosse sopravvissuta e fosse quindi morta prima di lui, la Barclays Bank Trust Company Limited fosse nominata *trustee* del testamento e, dopo

aver saldato i debiti esistenti e aver provveduto alle spese funerarie, provvedesse a ripartire l'eredità in parti uguali in favore dei nipoti Silvana e Roberto Perdoni, figli del fratello della Signora Curati.

In un secondo testamento del 1994 - olografo, redatto in lingua italiana probabilmente durante un soggiorno del *de cuius* nel paese di origine - il Signor Curati ha nominato sua "erede universale" la moglie Emilia.

La Signora Curati è deceduta nel 2007, un anno prima del Signor Curati, deceduto nel 2008. In virtù del "testamento inglese" del 1980, la cospicua eredità del Signor Curati avrebbe dovuto essere destinata ai nipoti, Silvana e Roberto Perdoni; mentre a seguito della morte della Signora Emilia Curati, nominata erede universale nel "testamento italiano" del 1994, l'eredità avrebbe potuto essere devoluta alla parente più prossima del *de cuius*, ossia la sorella Carmen Curati.

È quindi sorta una controversia tra Silvana e Roberto Perdoni, da una parte, e Carmen Curati, dall'altra circa gli effetti del secondo testamento rispetto al primo testamento inglese ed, in particolare, circa la possibilità che il primo testamento fosse revocato dal secondo.

La questione centrale che i giudici inglesi sono stati chiamati a risolvere è quella relativa alla legge applicabile alla "construction" ossia l'interpretazione del secondo testamento del 1994.

In applicazione della legge italiana, il secondo testamento - stante lo *status* riconosciuto dalla legge italiana all'erede universale - avrebbe prevalso sul primo, revocandone l'efficacia, con la conseguenza che tutto il patrimonio del Signor Curati sarebbe stato devoluto alla sorella di quest'ultimo.

Laura Carpaneto - Ricercatore di diritto internazionale IUS 13 Università di Genova

Nota:

(1) La sentenza è pubblicata *infra*, 561.

Ma, confermando la decisione del giudice di primo grado, i giudici della Corte di Appello hanno ritenuto che fosse la legge inglese a dover regolare la fattispecie e, stante l'assenza di qualsivoglia incompatibilità sostanziale tra le disposizioni dei due testamenti, ha accolto il ricorso dei nipoti del *de cuius*, affermando la validità e applicabilità del testamento del 1980 nella parte in cui attribuiva loro le proprietà site in Inghilterra.

La questione centrale relativa alla corretta applicazione della norma di conflitto inglese in materia di "construction of wills" affrontata dai giudici inglesi offre lo spunto per svolgere qualche considerazione sulle peculiarità della disciplina internazionalprivatistica inglese in materia di successioni, che il governo britannico ha voluto con forza preservare e che in realtà sono alla base della decisione di non partecipare all'adozione del recente regolamento dell'Unione europea in materia di successioni, ossia il Regolamento (UE) n. 650/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 4 luglio 2012 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo(2), sul quale cfr. *infra*.

■ La norma di conflitto inglese in materia di interpretazione del testamento

Una prima caratteristica distintiva del sistema internazionalprivatistico inglese che regola la materia in esame riguarda l'esistenza di (i) norme che regolano l'amministrazione dei patrimoni delle persone decedute e (ii) norme che regolano più propriamente la successione, sia che vi sia un testamento sia che manchi (cd. *intestacy*)(3).

L'esistenza di norme *ad hoc* dedicate all'amministrazione dei patrimoni segna già di per sé una significativa differenza dell'ordinamento inglese rispetto agli ordinamenti di *civil law*, che normalmente hanno una disciplina più snella in materia, vigendo in essi il principio del passaggio dell'eredità agli eredi al momento della morte. Secondo la legge inglese, infatti, per poter amministrare i beni di una persona deceduta è necessario ottenere una previa autorizzazione (cd. *grant of representation* o *grant of probate*), dal giudice competente (*High Court*). Una volta ottenuta tale autorizzazione, gli esecutori testamentari ov-

vero, nel caso manchi un testamento, gli amministratori provvederanno al pagamento dei debiti e successivamente alla distribuzione del residuo secondo la legge inglese.

Le regole in materia di amministrazione devono essere seguite non solo nel caso di patrimoni di persone decedute che abbiano avuto il loro "domicile" in Inghilterra, ma anche ogni volta che i beni oggetto della successione si trovino in Inghilterra, ancorché

Note:

(2) Il Regolamento è stato pubblicato in GUUE L 201 del 27.7.2012, p. 107. Per alcuni riferimenti dottrinali in materia, cfr. A. Bonomi, Successions internationales: conflits de lois et de juridictions, in Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 2010, vol. 350, p. 71 ss.; A. Bonomi, Prime considerazioni sulla proposta di regolamento sulle successioni, in Riv. Dir. Int. Priv. e proc., 875-914; Perspectives du droit des successions européennes et internationales: étude de la proposition de règlement du 14 octobre 2009, a cura di G. Khairallah, Paris, 2010; Successions internationales – Réflexions autour du futur règlement européen et son impact pour la Suisse, a cura di A. Bonomi e Schmid, Zürich, 2010; E. Calò, Il progetto di regolamento UE sulla legge applicabile alle successioni, in Notariato, 2010, pp. 579-583; S. Marino, La proposta di regolamento sulla cooperazione giudiziaria in materia di successioni, in Rivista di diritto internazionale, 2010, p. 463 ss.; K. Schurig, Das internationale Erbrecht wird europäisch: Bemerkungen zur kommenden Europäischen Verordnung, in Festschrift für Ulrich Spellenberg, a cura di J. Bernreuther e altri, München, 2010, p. 343; S. Altmeyer, Vereinheitlichung des Erbrechts in Europa: der Entwurfsentwurf "EU-Erbrechts-Verordnung" durch die EU-Kommission, in Zeitschrift für Europarechtliche Studien, 2010, p. 475 ss.; K.W. Lange, Die geplante Harmonisierung des Internationalen Erbrechts in Europa, in Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft, 2011, p. 426 ss.; L'avenir européen du droit des successions internationales, a cura di H. Bosse Platière, N. Damas e Y. De-reu, Paris, 2011; P. Kindler, La legge regolatrice delle successioni nella proposta di regolamento dell'Unione Europea: qualche riflessione in tema di carattere universale, rinvio e *professio iuris*, in Rivista di diritto internazionale, 2011, p. 422 ss.; P. Kindler, From Nationality to Habitual Residence: Some Brief Remarks on the Future Regulation on International Successions and Wills, in Convergences and Divergences in Private International Law - Liber Amicorum Kurt Siehr, a cura di K. Boele-Woelki, T. Einhorn, D. Girsberger e S. Symeonides, The Hague, 2010, p. 251 ss.; J.M. Fontanellas Morell, La forma de la designación de Ley en la propuesta de Reglamento europeo en materia de sucesiones, in Revista española de derecho internacional, 2011, p. 123 ss.; S. Tonolo, Successioni e donazioni, in G. Conetti, S. Tonolo, F. Vismara, Manuale di diritto internazionale privato, Torino, 2013, pp. 235-246. Si veda altresì Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Comments on the EU Commission's Proposal issued by the Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, 2010 reperibile al seguente indirizzo <http://www.europarl.europa.eu>.

Con specifico riferimento all'istituto del certificate successorio europeo, introdotto dal regolamento in esame, e ai suoi effetti nell'ordinamento italiano, cfr. F. Maida, Il certificato successorio europeo, in Nuove leggi civili commentate, 2013, pp. 389-410.

(3) Per qualche riferimento sul diritto internazionale privato britannico in materia di successione, cfr. A.V. Dicey - J.H.C. Morris, The conflict of laws, 2006, pp. 1233-1279 e il relativo aggiornamento del 2011, pp. 293-295; A. Briggs, The Conflict of Laws, 2008, pp. 236-240; E.B. Crawford - J.M. Carruthers, International private law: a Scots perspective, 2010, pp. 578-615, S. Albury - J. Ingham - P. Matthews - S. Morgan, Royaume-Uni, EU study on the international law of succession, pp. 671-706; V. Appendix C, European Commission Green Paper on succession and wills COM (2005) 65 final of 1 March 2005 - Response of the government of the United Kingdom.

siano appartenuti a persone decedute all'estero e prive di particolari altri legami con tale Paese. In queste ipotesi, un'eventuale autorizzazione ottenuta all'estero non ha efficacia in Inghilterra(4).

La legge applicabile alla procedura di amministrazione dei patrimoni è la legge inglese. Come conseguenza, il rappresentante autorizzato dovrà provvedere al pagamento di tutti i debiti esistenti, siano essi sorti in Inghilterra o all'estero, secondo le regole vigenti in Inghilterra ivi comprese quelle relative all'esistenza di eventuali creditori privilegiati rispetto ad altri.

Per quanto riguarda le norme di diritto internazionale privato inglese dedicate più propriamente alla successione, specifiche disposizioni regolano tanto il problema della giurisdizione dei giudici inglesi quanto quello della legge applicabile. In linea generale, come accennato, la *High Court* è competente in materia di successione purché vi sia un rappresentante espressamente autorizzato alla gestione di un patrimonio, a prescindere dalle caratteristiche del *de cuius* e dalla localizzazione del patrimonio(5). Nella prassi, tuttavia, la *High Court* è adita in relazione a patrimoni collocati in territorio inglese.

Il diritto inglese (così come quello scozzese) ammettono tuttavia in materia di successione la competenza giurisdizionale di giudici di un altro Stato in due ipotesi: (i) quando si tratti di beni mobili appartenenti ad una persona che, al momento della morte, sia domiciliata in tale Stato ovvero (ii) quando tutti i beni del *de cuius* si trovino in tale Stato(6).

Per quanto attiene invece alle norme di conflitto in materia di successione, opera il famoso principio della scissione (*principle of scission*), ai sensi del quale si applicano norme specifiche in ragione della natura dei beni oggetto di successione.

Diversamente da quanto previsto nel sistema di diritto internazionale privato italiano(7), nessuno spazio è riconosciuto all'autonomia privata nell'individuazione della legge applicabile e scarsamente rilevante è il criterio del collegamento della cittadinanza.

In particolare secondo il diritto inglese, in relazione alla successione di beni mobili si applica la legge del paese nel quale il *de cuius* aveva il domicilio al momento della morte, che trova applicazione anche con riferimento alla capacità di effettuare un testamento, così come alla validità sostanziale del testamento stesso

Per quanto riguarda i beni immobili, trova appli-

cazione la *lex rei sitae*, che, nel caso di successione testamentaria, è idonea a disciplinare anche i profili relativi alla capacità del testatore ed anche alla capacità degli eredi.

Per quanto attiene alla validità formale, indipendentemente dalla natura dei beni da esso contemplati, un testamento è valido quanto alla forma se tale è considerato dalla legge del Paese nel quale viene eseguito o ancora del Paese nel quale chi ha fatto testamento aveva domicilio o residenza abituale o ancora del Paese nel quale quest'ultimo aveva la cittadinanza.

Così come le norme sull'amministrazione, anche le norme di conflitto in materia di successione, ispirate al principio di scissione, costituiscono una peculiarità del sistema inglese, idoneo a creare anche difficoltà applicative(8).

Un'ulteriore caratteristica delle norme di conflitto inglesi in materia di successione è senz'altro la loro specializzazione: accanto alle norme dedicate alla validità formale e sostanziale del testamento e alla capacità del testatore, è infatti specificamente prevista una norma di conflitto per l'individuazione della legge applicabile all'interpretazione del testamento, problema di cui si è occupata la *Court of Appeal* nella sentenza in commento(9).

Ai sensi di tale norma, la regola generale è quella secondo la quale l'interpretazione del testamento de-

Note:

(4) Sul punto, cfr. A. Briggs, [supra, nota 3], p. 238 dove precisa che la giustificazione di tale limite risiede nell'esigenza di tutelare gli interessi dei creditori inglesi. Tale esigenza non viene invece invocata nel caso di un trustee nominato all'estero nell'ambito di una procedura fallimentare. Ad avviso dell'A. le due tipologie di "rappresentanti" autorizzati vengono trattate diversamente senza valida ragione.

(5) Sul punto, cfr. A.V. Dicey - J.H.C. Morris, [supra, nota 3], p. 1233-1234.

(6) Cfr. A.V. Dicey - J.H.C. Morris, [supra, nota 3], pp. 1234-1235.

(7) In dottrina, per alcuni riferimenti essenziali, cfr. P. De Cesari, *Autonomia della volontà e legge regolatrice delle successioni*, Padova, 2001; D. Damascelli, *La legge applicabile alla successione per causa di morte secondo il diritto internazionale privato italiano*, in Riv. Dir. Int. Priv. Proc., 2003, pp. 85-108.

(8) Sul punto, A.V. Dicey - J.H.C. Morris, [supra, nota 3], p. 1238, i quali sottolineano come parte della dottrina da tempo proponga di abbandonare il criterio della *lex rei sitae* in favore del criterio della legge del domicilio.

(9) Come autorevolmente osservato (cfr. Dicey - Morris, *The conflicts of law*, ed. 2000, pp. 1057-1058), l'esistenza di una norma di conflitto in materia di interpretazione del testamento trova giustificazione nella doctrine of powers del diritto inglese, ignota a molti ordinamenti continentali.

ve avvenire sulla base della legge “intended”, ossia intesa o voluta dal testatore, che si presume sia la legge del Paese nel quale il testatore aveva il domicilio al momento dell’esecuzione del testamento(10).

Tale presunzione, tuttavia, può essere superata (i) in caso di testamento avente ad oggetto beni mobili, allorquando sussistano sufficienti indicazioni - esplicite o anche implicite, quali ad esempio l’uso di una particolare lingua o di particolari espressioni note ad un particolare ordinamento - idonee a provare che la volontà del testatore fosse di applicare la legge di un Paese diverso da quello del suo domicilio e (ii) in caso di testamento avente ad oggetto beni immobili da sufficienti indicazioni idonee a provare che la volontà del testatore fosse di applicare la legge di un Paese diverso da quello del suo domicilio, quali ad esempio l’uso del linguaggio tecnico del Paese nel quale gli immobili sono situati.

Nel caso Curati, il problema dell’individuazione della legge applicabile si è posto in relazione all’interpretazione del secondo testamento, ossia quello (i) scritto in lingua italiana, (ii) contenente il richiamo di termini tecnici del linguaggio giuridico italiano (il riferimento è alla locuzione “erede universale”), (iii) probabilmente (anche se non certamente) redatto in occasione di un soggiorno in Italia, (iv) da un cittadino italiano.

Tanto la sussistenza quanto il rilievo dei quattro elementi suddetti sono stati contestati dai giudici inglesi(11). In primo luogo, il fatto che fosse redatto in lingua italiana ha assunto scarso rilievo nella decisione, in ragione del fatto che il *de cuius* non era “a suo agio” con la lingua inglese (malgrado avesse vissuto e lavorato diverse decine d’anni in Inghilterra e avesse in precedenza sottoscritto un testamento in lingua inglese). Inoltre, non risultava con certezza la circostanza secondo la quale il testamento del 1994 sarebbe stato redatto durante un soggiorno in Italia. Infine, scarso rilievo è stato altresì attribuito alla cittadinanza italiana del *de cuius*, stante il *favor* del diritto internazionale privato inglese per il criterio del *domicile*. Come conseguenza, i fattori sopra indicati sono stati ritenuti non idonei a superare la presunzione secondo la quale un testatore con *domicile* in Inghilterra e in possesso di un significativo patrimonio collocato in territorio inglese intenda sottoporre l’interpretazione del testamento alla legge del proprio domicilio al momento in cui il testamento è stato redatto, ossia alla legge inglese.

L’apprezzamento svolto dai giudici inglesi circa

l’inidoneità dei diversi elementi di collegamento con l’ordinamento italiano - e, tra essi, in particolare, dell’uso della locuzione “erede universale” senza dubbio appartenente al linguaggio tecnico-giuridico italiano - a superare la presunzione di applicabilità della legge del domicilio desta qualche perplessità.

Ciò nonostante la sentenza in esame è senz’altro indicativa delle specificità del sistema internazionale-privatistico inglese in materia, fortemente legato al criterio di collegamento del *domicile*, e delle difficoltà che tale sistema incontra nell’accostarsi a modelli uniformi quali quello della Convenzione dell’Aja del 1989(12) e, più recentemente, quello introdotto dal Regolamento n. 650/2012, sul quale ci si soffermerà nel prosieguo.

■ Le successioni nel diritto internazionale privato di origine europea: Regolamento n. 650/2012

Nel 2005 l’UE ha avviato un processo di consultazione per verificare la posizione degli Stati membri in relazione alla possibilità di adottare uno strumento di diritto internazionale privato in materia di successioni, giustificando tale iniziativa sulla base della crescente mobilità dei cittadini e delle conseguenti unioni tra cittadini di Stati membri diversi, unitamente al fenomeno dell’acquisizione da parte degli individui di proprietà situate in territori di Stati diversi(13). Alla consultazione è quindi seguita la pubblicazione di una proposta di regolamento molto ambiziosa, volta a disciplinare non solo tutti i profili di diritto internazionale privato relativi alle successioni (i.e. giudice competente, legge applicabile e riconoscimento ed esecuzione di decisioni, atti pubblici e transazioni giudiziarie), ma anche ad introdurre una disciplina uniforme sul certificato successorio euro-

Note:

(10) Cfr. punto 16 della sentenza in commento.

(11) Cfr. punto 19 della sentenza in commento.

(12) Sulle differenze tra ordinamenti di civil law e di common law e sui problemi sorti in occasione dei tentativi di uniformare il diritto internazionale privato in materia in seno alla conferenza dell’Aja (ma presentatisi nuovamente in occasione dell’adozione del Regolamento europeo sulle successioni), cfr. P. Picone, La legge applicabile alle successioni, in La riforma italiana del diritto internazionale privato, Padova, 1998, pp. 55-100.

(13) Libro verde successioni e testamenti, 1.3.2005, COM (2005) 65 finale.

peo(14), nell'intento di garantire la libera circolazione delle persone, l'organizzazione anticipata dei cittadini europei della loro successione in un contesto europeo e la protezione dei diritti di eredi, legatari e persone vicine al defunto nonché dei creditori della successione.

La proposta è stata quindi trasformata nel regolamento n. 650/2012, che è entrato in vigore il 15 agosto 2012, ma troverà applicazione a partire dal 17 agosto 2015, pur essendo sin d'ora possibile, entro certi limiti(15), effettuare la scelta relativamente alla legge applicabile.

Come si accennava, accanto al Regno Unito, anche l'Irlanda ha optato per la non partecipazione all'adozione del regolamento suddetto, pur potendo entrambi i Paesi, in virtù dei poteri loro concessi dal Protocollo n. 21 allegato al Trattato UE e al Trattato sul funzionamento dell'UE, notificare in seguito la loro intenzione di accettare il regolamento. Contraria all'adozione del regolamento si è detta anche la Danimarca, che quindi, come Irlanda e Regno Unito risulta esclusa dal suo ambito di applicazione spaziale. Inclusa è invece la Croazia, divenuta ufficialmente membro dell'Unione a partire dal 1° luglio 2013.

Il Regolamento si ispira al principio dell'unità della successione (il cd. metodo monista) e sottopone l'intera successione - «dall'apertura di quest'ultima fino al trasferimento della proprietà dei beni che fanno parte dell'eredità ai beneficiari», comprendendo anche «l'amministrazione dell'eredità e la responsabilità per i debiti ereditari»(16) - a prescindere dalla natura mobiliare o immobiliare dei beni facenti parte dell'asse ereditario, alla legge della residenza abituale del *de cuius* al momento della morte(17). Due le ragioni che giustificano tale scelta: da un lato, evitare gli inconvenienti sperimentati nei Paesi che seguono il metodo scissionista o dualista, che da origine a più masse ereditarie sottoponendole a leggi diverse e, dall'altro, garantire al testatore l'autonomia necessaria per pianificare la ripartizione dei beni, indipendentemente dal luogo nel quale si trovino.

Rientrano quindi nell'ambito di applicazione *ratione materiae* del Regolamento tutte le modalità di trasferimento di beni, diritti e obbligazioni a causa di morte, sia che si tratti di un atto volontario di disposizione a causa di morte sia che si tratti di un trasferimento per effetto della successione legittima. Restano escluse, invece, gli aspetti connessi alla materia fiscale e alla materia amministrativa di diritto pub-

blico, così come le questioni inerenti ai regimi patrimoniali tra coniugi o convenzioni patrimoniali relative a rapporti comparabili con il matrimonio, le questioni connesse a costituzione, funzionamento e scioglimento del trust (fatto salvo il caso che si tratti di costituzione di trust testamentari o legali in connessione con una successione legittima), i diritti di proprietà, gli interessi e i beni creati o trasferiti con strumenti diversi dalla successione.

Non stupisce, inoltre, il ricorso al criterio della residenza abituale, in luogo del più tradizionale criterio della cittadinanza di origine manciniana, largamente applicato nei Paesi europei in materia(18): oltre ad essere un criterio invalso nel diritto internazionale uniforme anche con specifico riferimento alla materia successoria(19), esso è ampiamente utilizzato negli strumenti di diritto internazionale privato di origine europea(20), proprio perché consente una maggiore integrazione nello Stato membro nel quale - in virtù della libera circolazione - un in-

Note:

(14) Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo, 14.10.2009, COM (2009) 154; cfr. altresì Documento di lavoro dei servizi della Commissione che accompagna la Proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo - Sintesi della valutazione d'impatto SEC (2009) 411.

(15) V. art. 83. Una soluzione analoga era stata adottata per il Regolamento n. 1259/2010 (cd. Roma III) in relazione alla legge applicabile a separazione e divorzio.

(16) Cfr. considerando n. 42.

(17) Cfr. art. 21 del Regolamento n. 650/2012. Per una critica sulla scelta del criterio della residenza abituale e sulla mancata definizione di tale nozione da parte del Regolamento, cfr. E.B. Crawford - J.M. Carruthers, *International private law: a Scots perspective*, [supra, nota 3], p. 603.

(18) Oltre all'ordinamento italiano, il criterio della nazionalità del *de cuius* è utilizzato in Austria, Germania, Grecia, Polonia, Portogallo, Slovenia, Spagna, Svezia e Ungheria.

(19) Il riferimento è alla Convenzione dell'Aja del 1989 sulla legge applicabile alle successioni nei patrimoni delle persone decedute (cfr. art. 3) e sul punto A. Bonomi, *Prime considerazioni sulla proposta di regolamento sulle successioni*, [supra, nota 2], p. 882.

(20) Con particolare riferimento al Regolamento n. 2201/2003, si veda C. Campiglio, *Il foro della residenza abituale del coniuge nel regolamento (CE) n. 2201/2003: note a margine delle prime pronunce italiane*, in *Cuadernos de derecho transnacional*, 2010, pp. 242-249 e, per l'interpretazione di tale nozione in giurisprudenza, cfr. punto 37 della sentenza 2 aprile 2009, in causa C-523/07, A, in *Racc.*, I-02805 e punto 56 della sentenza 22 dicembre 2010, in causa C-497/10 PPU, Mercoledì, in *Racc.*, I-14309.

dividuo effettivamente localizzi il centro dei propri interessi(21).

Si tratta, tuttavia, di un criterio di tipo fattuale, che impone una valutazione caso per caso. Come il Regolamento stesso precisa, l'accertamento della residenza abituale del defunto al momento della morte implica, infatti, una valutazione globale delle circostanze della vita del defunto negli anni precedenti la morte e al momento della morte, valutazione che tenga conto di tutti gli elementi pertinenti ed, in particolare, della durata e regolarità del soggiorno del defunto nello Stato interessato nonché delle condizioni e ragioni dello stesso(22).

Accanto alla regola generale fondata sul criterio della residenza abituale, il Regolamento in esame prevede anche limitati spazi di autonomia, ammettendo la possibilità di scegliere, quale legge applicabile all'intera successione, «la legge dello Stato di cui ha la cittadinanza al momento della scelta o al momento della morte»(23). In questo modo, il testatore che si sia avvalso della libera circolazione, stabilendosi in uno Stato diverso da quello di origine, ha facoltà di conservare legami stretti con il proprio Paese di origine(24).

Vale la pena di evidenziare che, a differenza degli altri strumenti di diritto internazionale privato adottati a livello europeo e innovando sul punto rispetto alla proposta di Regolamento originariamente formulata dalla Commissione(25), il Regolamento in esame introduce per la prima volta anche una disposizione sul rinvio(26), che, fatto salvo il caso in cui il *de cuius* individua la legge applicabile mediante *electio iuris*, opera laddove la legge di uno Stato terzo richiamata a regolare la successione rinvii all'ordinamento di uno Stato membro ovvero all'ordinamento di uno Stato terzo che accetti il rinvio. Tale soluzione può creare qualche problema laddove determini l'applicazione di leggi statali ispirate al principio scissionista(27).

In linea con le norme di conflitto sopra indicate, anche al fine di agevolare la coincidenza tra *ius e forum*, la residenza abituale del *de cuius* al momento della morte costituisce il criterio generale di giurisdizione scelto dal regolamento in esame(28). Più precisamente, il foro della residenza abituale del *de cuius* al momento della morte è competente a decidere in relazione a tutti i beni successori, mobili ed immobili, anche se situati in uno Stato non membro dell'Unione europea o non parte del Regolamento (quindi, ad esempio nel Regno Unito, in Irlanda o in Danimarca). Potrà accadere che negli ordinamenti,

quale quello inglese (v. *infra*), ispirati al metodo scissionista, i giudici esercitino comunque la propria competenza in relazione ai beni immobili presenti sul loro territorio, con la conseguenza che le decisioni assunte dal giudice competente ai sensi del Regolamento resteranno prive di effetti(29).

Nel caso sia stata esercitata la scelta di legge in favore dello Stato di cittadinanza e tale Stato sia uno Stato membro ai sensi del Regolamento (con l'esclusione, quindi, di Regno Unito, Irlanda e Danimarca), è prevista anche una limitata autonomia nell'individuazione del giudice competente, potendo le parti della controversia attribuire competenza giurisdizionale - mediante accordo scritto ovvero comunicazione elettronica che consenta una registrazione durevole dell'accordo - ai giudici di tale Stato, che assumono competenza esclusiva a decidere su qualsiasi questione legata alla successione(30). Il Regolamento prevede ulteriori margini di flessibilità rispetto alla regola generale, potendo il giudice della residenza abituale, su richiesta di una delle parti, declinare la propria competenza in favore dei giudici dello Stato membro della legge scelta, se ritiene che siano più adatti a decidere sulla successione. Inoltre, nel caso nessun giudice di uno Stato membro possa dirsi com-

Note:

(21) Sul punto, cfr. punto 4.3 della proposta di regolamento, COM (2009) 154 e A. Bonomi, Prime considerazioni sulla proposta di regolamento sulle successioni, [*supra*, nota 2], p. 883, il quale sottolinea come rispetto alla scelta di favorire l'integrazione ha assunto rilievo la presenza nello spazio europeo di cittadini provenienti da Paesi musulmani, le cui norme in materia successoria avrebbero potuto condurre a soluzioni discriminatorie per ragioni di sesso o di religione. Sotto questo profilo, l'applicazione della legge di residenza abituale e, quindi, di un Paese europeo che spesso coincide anche con il foro chiamato a decidere sulla controversia risulta più semplice.

(22) Cfr. considerando n. 23.

(23) Art. 22 del Regolamento n. 650/2012. Per una critica sulla formulazione della norma, cfr. E.B. Crawford - J.M. Carruthers, International private law: a Scots perspective, [*supra*, nota 3], p. 603-604.

(24) Cfr. punto 4.3 della proposta di regolamento, COM (2009) 154.

(25) Cfr. COM (2009) 154, p. 23.

(26) Art. 34 del Regolamento n. 650/2012.

(27) Cfr. sul punto S. Tonolo, [*supra*, nota 2], p. 236.

(28) Art. 4 del Regolamento n. 650/2012.

(29) Cfr. sul punto, A. Bonomi, Prime considerazioni, [*supra*, nota 2], p. 907-908; il commento - redatto in relazione alla proposta - è tutt'ora valido, alla luce della decisione del Regno Unito di non partecipare all'adozione del Regolamento.

(30) Art. 5 del Regolamento n. 650/2012.

petente in forza delle disposizioni del Regolamento e nel caso non si possa avviare un procedimento in uno Stato terzo, il Regolamento ammette la competenza, in via eccezionale, dei giudici di uno Stato membro (cd. *forum necessitatis*)(31).

Caratteristica specifica del regolamento in esame è la definizione di organo giurisdizionale da esso accolta: rientrano in tale nozione non solo gli organi che tipicamente esercitano funzioni giurisdizionali, ma anche tutte le autorità e i professionisti legali competenti nella materia delle successioni, che svolgano funzioni giudiziarie o agiscano su delega di un'autorità giurisdizionale, purché idonee a garantire imparzialità di giudizio, il rispetto del diritto di audizione delle parti e purché le decisioni da loro adottate siano suscettibili di ricorso o riesame innanzi ad un'autorità giurisdizionale(32).

L'ultima parte del regolamento contiene, da un lato, la disciplina relativa al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni, ma anche all'accettazione degli atti pubblici e delle transazioni giudiziarie e, dall'altro, le norme istitutive del certificato successorio europeo(33).

Più precisamente, in materia di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni il regolamento in esame riprende le soluzioni adottate nel Regolamento n. 44/2001 (cd. Bruxelles I, sostituito dal Regolamento n. 1215/2012, cd. Bruxelles I-bis, il cui testo si applicherà integralmente a far data dal 10 gennaio 2015)(34): in forza del principio della reciproca fiducia, le decisioni in materia successoria emesse dai giudici di uno Stato membro sono automaticamente riconosciute, senza il ricorso ad alcun procedimento particolare, fatta salva l'esistenza di motivi ostativi al riconoscimento(35). È invece previsto un procedimento *ad hoc* per ottenere la dichiarazione di esecutività delle decisioni (cd. procedura di *exequatur*) e un'eventuale fase di opposizione contro la decisione relativa alla dichiarazione di esecutività.

Il Regolamento, inoltre, assicura l'accettazione e l'esecutività di tutti gli atti pubblici in materia di successione, precisando che questi devono avere la stessa efficacia probatoria dello Stato da cui l'atto proviene o, comunque, gli effetti "più comparabili" nello Stato di destinazione(36). Ed analogamente è assicurata l'esecutività delle transazioni giudiziarie(37).

Indubbiamente, la novità più significativa dal punto di vista pratico del Regolamento in esame è l'introduzione del certificato successorio europeo, creato con lo scopo di dare origine ad un sistema di

prova uniforme della qualità di erede o di legatario e dei poteri di amministratori ed esecutori testamentari. Si tratta di uno strumento "facoltativo"(38), cui si può accedere ogni volta che si abbia esigenza di provare, in uno Stato diverso da quello nel quale viene rilasciato il certificato e, quindi, nell'ambito di una successione transfrontaliera: (i) la qualità e/o i diritti di ciascun erede o legatario menzionato nel certificato e le rispettive quote ereditarie; (ii) l'attribuzione di uno o più beni determinati che fanno parte dell'eredità agli eredi ovvero ai legatari menzionati nel certificato; (iii) i poteri della persona indicata nel certificato di dare esecuzione al testamento o di amministrare l'eredità.

■ ... la posizione del Regno Unito

Il Regno Unito ha da subito contrastato l'adozione di uno strumento europeo nella materia delle successioni sin dalla fase della consultazione, non ravviando un effettivo bisogno di disciplina a livello europeo in tale materia e conseguentemente contestando la competenza stessa dell'Unione ad agire in tale settore(39). Come si è già avuto modo di osservare in

Note:

(31) Art. 11 del Regolamento n. 650/2012.

(32) Art. 3.2 del Regolamento n. 650/2012.

(33) Sul quale si rinvia a F. Maida, [supra, nota 2].

(34) Sul Regolamento n. 44/2001, per tutti si veda S.M. Carbone, Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale. Da Bruxelles I al Regolamento CE n. 805/2004, Torino, 2009. Con specifico riferimento al controllo delle sentenze straniere, cfr. C.E. Tuo, La rivalutazione della sentenza straniera nel regolamento Bruxelles I: tra divieti e reciproca fiducia, Padova, 2013.

(35) L'art. 40 richiama i tradizionali motivi ostativi al riconoscimento indicati nel Regolamento n. 44/2001.

(36) V. artt. 59 e 60. Per un comment, cfr. in particolare J. Fitchen, "Recognition", acceptance and enforcement of authentic instruments in the succession regulation, in *Journal of Private International Law*, 2012, pp. 323-358.

(37) Art. 61 del Regolamento n. 650/2012.

(38) Accanto al certificato europeo, restano utilizzabili da parte dei cittadini europei gli altri strumenti messi a disposizione dagli ordinamenti nazionali. Sul punto, si rinvia alle considerazioni di F. Maida, [supra, nota 2], p. 403.

(39) Sulla proposta di regolamento e sulle ragioni che hanno indotto il Regno Unito a non prendervi parte, cfr. J. Harris, *The Proposed EU Regulation on Succession and Wills: Prospects and Challenges*, in *Trust Law International*, 2008, pp. 181-235; E.B. Crawford - J.M. Carruthers, *International private law*, [supra, nota 3], pp. 599 ss.

relazione all'intervento dell'Unione europea nel settore della famiglia (ed in particolare a seguito dell'adozione del Regolamento Roma III)(40), l'adozione di norme di diritto internazionale privato a livello europeo ha un'incidenza anche sulle norme di diritto materiale interno ed sono quindi legittime perplessità non solo sull'opportunità, ma anche sulla legittimità di un simile intervento(41).

È stata altresì messa in dubbio la base normativa per l'adozione della proposta di regolamento: l'ex art. 67 del Trattato CE (ora art. 81 del TFUE) prevedeva il ricorso alla procedura di codecisione (oggi procedura ordinaria) per l'adozione di tutti gli atti in materia di cooperazione giudiziaria civile, escludendo da tuttavia gli aspetti connessi con il diritto di famiglia per i quali era ed è tutt'ora previsto il requisito dell'unanimità dei consensi degli Stati membri. Come altri Paesi nordici, anche il Regno Unito - evidenziando le connessioni esistenti tra successioni e diritto di famiglia - proponeva l'adozione della procedura all'unanimità; tuttavia la Commissione, in considerazione del fatto che la maggior parte degli Stati membri considera il diritto successorio come una materia distinta dal diritto di famiglia, non soltanto in considerazione della preponderanza degli elementi patrimoniali nella prima rispetto alla seconda, ma anche avuto riguardo alle differenze che nella disciplina sostanziale le due materie presentano(42), ha fatto ricorso alla procedura legislativa ordinaria, che prevede il requisito della maggioranza dei voti dei Paesi membri, ottenendo così l'adozione del regolamento che, diversamente, non sarebbe invece stato adottato (essendo in partenza nota la posizione contraria del Regno Unito).

Le obiezioni sull'intervento stesso dell'Unione e sulla procedura da seguire sono state infine superate con l'adozione del Regolamento, con il consenso della maggioranza degli Stati membri, in attuazione della procedura legislativa ordinaria.

Come detto, il Regno Unito non è soggetto all'applicazione del Regolamento avendo esercitato la facoltà di *opting-out* prevista dal Protocollo n. 21. Ma, vista l'impostazione della normativa in esame e le scelte operate dal legislatore europeo, molto improbabile pare anche una futura adesione per i motivi qui di seguito indicati.

Dal punto di vista della disciplina sostanziale, le maggior difficoltà del Regno Unito rispetto allo strumento europeo sono insite nell'impostazione di fondo privilegiata dalle istituzioni europee, ossia la vo-

lontà di applicare il principio di unità della successione e, quindi, di ricondurre sotto la *lex successionis* - individuata secondo i criteri indicati al paragrafo precedente - tutti (o comunque la maggior parte) dei profili relativi alla successione.

Questa soluzione si pone innanzitutto in contrasto con il sistema inglese fondato sulla distinzione tra l'amministrazione della successione e la successione vera e propria e sul principio di scissione tra legge applicabile ai beni mobili e legge applicabile ai beni immobili. Se, come accennato, rispetto a questo secondo principio, come è stato confermato in occasione della consultazione interna avviata dal governo(43), il Regno Unito si è detto pronto al cambiamento (anche forte delle difficoltà incontrate nella prassi ed evidenziate in dottrina), non così era per l'*administration* e per gli interessi dei soggetti - i.e. autorità fiscali, autorità del *Land registry* e creditori - che in tale procedura sono coinvolti(44).

Un ulteriore effetto derivante dall'applicazione di

Note:

(40) Sia consentito il rinvio a I. Queirolo - L. Carpaneto, Considerazioni critiche sull'estensione dell'autonomia privata a separazione e divorzio nel Regolamento Roma III, in Riv.dir.int.priv.proc., 2012, pp. 59-86, spec. p. 70.

(41) Sul punto, in particolare, v. J. Harris, The Proposed EU Regulation on Succession and Wills: Prospects and Challenges, [supra, nota 39], p. 192.

(42) Cfr. punto 3.1. della relazione della Commissione contenuta nella proposta di regolamento, COM (2009) 154, p. 3 dove si evidenzia come finalità precipua del diritto successorio è quella di definire le norme relative alla delazione dell'eredità e di disciplinarne la trasmissione. Il diritto di famiglia, invece, regola soprattutto i rapporti giuridici relativi al matrimonio e alla vita di coppia, alla filiazione e allo stato civile delle persone, proponendosi quale funzione sociale quella di proteggere i legami familiari. Queste caratteristiche, ad avviso della Commissione, giustificano anche un diverso ruolo dell'autonomia privata nei due settori: se, nel diritto di famiglia, la volontà degli individui assume una rilevanza marginale, nel diritto successorio invece acquista un ruolo considerevole. Per completezza, vale la pena di sottolineare che problemi relativamente all'individuazione della corretta base normativa si sono presentati anche in occasione del Regolamento (CE) n. 4/2009 del Consiglio, del 18 dicembre 2008, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari, in GUUE L007 del 10.1.2009, pp. 1-79.

(43) Cfr. Ministry of Justice, European Commission proposal on succession and wills: a public consultation, The Stationery Office, 2009, Consultation Paper CP41/09 reperibile sul sito ufficiale del British Institute of International and Comparative Law al seguente indirizzo: [http://www.biiicl.org/files/4682_ec-succession-wills\[1\].pdf](http://www.biiicl.org/files/4682_ec-succession-wills[1].pdf); House of Lords European Union Committee, 6th Report of Session 2009-10, The EU's Regulation on Succession: Report with Evudebce, The Stationery Office, 2010, HL Paper N° 75 (Session 2009/2010) reperibile sul sito ufficiale della House of Lords al seguente indirizzo: <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld200910/ldselect/lducom/75/75.pdf>

(44) V. J. Harris, The Proposed, [supra, nota 39], p. 192.

una legge straniera all'intera successione(45), senz'altro pregiudizievole per il sistema giuridico britannico, è la possibilità per gli eredi di agire per il recupero di quanto il *de cuius* ha alienato in vita attraverso una donazione ovvero un *trust* o ancora di utilizzare i beni donati o devoluti dal *de cuius* in *trust* per atti *inter vivos* di essere utilizzati per il ripristino della quota di eredità dovuta *ex lege* (la cd. legittima).

Si tratta del cd. problema del *clawback*, ossia del recupero delle somme delle quali il *de cuius* ha disposto in vita, particolarmente sentito nel sistema giuridico britannico: nel Regno Unito, infatti, non fanno parte del patrimonio ereditario i beni di cui il *de cuius* abbia disposto in vita attraverso donazioni a individui, società o *trustees*, con la conseguenza che la *lex successionis* individuata per il tramite delle norme di conflitto inglesi non trova applicazione rispetto a queste proprietà. Ciò non significa che non esistano affatto rimedi nel caso di atti dispositivi fraudolenti, tuttavia, si tratta di rimedi del tutto residuali e comunque non paragonabili agli strumenti che tutelano la trasmissione dell'eredità nei paesi di *civil law*(46).

I principi alla base di questa disciplina sono, da un lato, la tutela dell'autonomia privata dell'individuo, della sua libertà di disporre dei beni in vita e, dall'altro, la sicurezza degli scambi commerciali, principi che prevalgono rispetto alla protezione degli interessi dei membri della famiglia(47).

Il Regolamento, invece, sottopone alla *lex successionis* anche la collazione e la riduzione delle liberalità ai fini del calcolo delle quote dei diversi beneficiari(48). Ecco che quindi l'applicazione nel Regno Unito di norme di conflitto idonee a determinare l'applicazione di leggi statali ispirate, invece, ad una forte protezione dei membri della famiglia durante la successione, potrebbe rimettere in discussione la validità degli atti *inter vivos* e, quindi, ad esempio anche la devoluzione di beni in *trust*. Come conseguenza, il sistema commerciale del Paese e l'industria dei *trust* internazionali risulterebbero fortemente destabilizzati(49).

A ciò si aggiunga che la legge in questione può essere del tutto imprevedibile per le parti al momento della conclusione dell'atto, avuto riguardo al fatto che la *lex successionis* è in linea di principio - salva diversa volontà del *de cuius* - la legge di residenza abituale del *de cuius* al momento della morte(50).

La questione del *clawback* ha costituito il freno più rilevante all'adozione del Regolamento. Il Regno

Unito avrebbe potuto partecipare solo se la versione definitiva del Regolamento avesse introdotto una definizione autonoma di eredità, idonea ad escludere con certezza le disposizioni *inter vivos*. Ma così non è stato(51).

Invero, analogo è il problema della possibile applicazione di norme di ordinamenti stranieri che regolano in modo imperativo la successione, a protezione dei membri della famiglia. Tuttavia, sul punto, il Regno Unito non ha espresso serie perplessità in sede di consultazione: la *ratio* è che già attualmente le norme di conflitto inglesi possono consentire l'ap-

Note:

(45) Art. 23 lett. I del Regolamento n. 650/2012.

(46) Sul punto, J. Harris, *The Proposed*, [supra, nota 39], p. 196.

(47) Sul punto, cfr. P. Hayton, Appendix B to the Joint response to the Law Society of England and Wales and the Society of Trust and Estate Practitioners to the European Commission's green Paper on Succession and Wills, p. 5 (reperibile sul sito ufficiale dell'Unione europea al seguente indirizzo: http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/successions/contributions/contribution_ls_en.pdf) «One has to appreciate that there is a vast discrepancy between the English and Welsh approach and the civilian approach. It is not just that the English and Welsh mandatory protection rules are discretionary while the civilian rules are fixed. The unbridgeable gulf is that English and Welsh law believes children should be able to stand independently on their own two feet once they have been fully reared and educated by their parents, so the parents have no legal obligations to their grown-up children unless the children have physical or mental problems, while the civilian philosophy is that parents must ensure that their children inherit most of their property».

(48) Art. 23 lett. i del Regolamento n. 650/2012.

(49) Si noti che il medesimo problema si era già posto in occasione della negoziazione della Convenzione dell'Aja del 1989, la quale, peraltro, rispetto a questo problema - forse volutamente - adotta una soluzione poco chiara: all'art. 1.2 lett d) sembra escludere dal suo ambito di applicazione gli atti tra vivi diversi dalla successione, tuttavia l'art. 7.2 lett. C) afferma che la legge applicabile alla successione regola le obbligazioni volte al ripristino dell'eredità spettante agli eredi. Malgrado vi fossero quindi margini di interpretazione tali da garantire la validità degli atti *inter vivos*, il Regno Unito non ha comunque ratificato tale convenzione. Cfr. J. Harris, *The Proposed*, [supra nota 39], p. 198.

(50) Sul punto, cfr. in particolare E.B. Crawford - J.M. Carruthers, *International private law*, [supra, nota 3], p. 605-606; A. Bonomi, *Prime considerazioni sulla proposta di regolamento sulle successioni*, [supra, nota 2], pp. 881; J. Harris, *The Proposed EU Regulation on Successions and Wills: Prospects and Challenges*, [supra, nota 39], pp. 195 ss.

(51) L'unica precisazione al riguardo si rinviene al considerando n. 14 laddove si afferma che «i diritti di proprietà, gli interessi e i beni creati o trasferiti con strumenti diversi dalla successione, per esempio a titolo di donazione, dovrebbero essere altresì esclusi dall'ambito di applicazione del presente regolamento. Tuttavia, dovrebbe spettare alla legge designata dal presente regolamento, quale legge applicabile alla successione, determinare se le donazioni o altre forme di disposizioni *inter vivos* che comportano l'acquisizione precedente alla morte di un diritto reale debbano essere oggetto di collazione e riduzione ai fini del calcolo delle quote dei beneficiari secondo la legge applicabile alla successione».

plicazione di norme straniere che tutelano i familiari, attraverso la previsione di norme imperative.

Non secondarie sono state anche le perplessità relative all'eventuale inclusione del trust nel regime internazionalprivatistico in materia di successione elaborato a livello europeo: il Libro verde che ha avviato la consultazione a livello europeo sulla materia in esame si è posto la questione dell'elaborazione di una norma di conflitto e di una norma in punto giurisdizione *ad hoc* per il trust⁽⁵²⁾, istituto sino ad oggi considerato solo marginalmente dagli strumenti europei in materia di diritto internazionale privato. Invero, la questione così posta rischiava di creare confusione tra il testamento (all'interno del quale è contenuto un trust), che rientra senz'altro nell'ambito di applicazione del Regolamento e il trust stesso, istituto autonomo.

Vale la pena sottolineare che la suddetta distinzione risulta in modo chiaro all'interno della Convenzione dell'Aja del 1985 sulla legge applicabile al trust e sul suo riconoscimento⁽⁵³⁾, dove, da un lato, risultano escluse dall'ambito di applicazione le questioni preliminari relative alla validità di testamenti o altri atti attraverso i quali i beni vengono devoluti in trust (art. 4) e, dall'altro, si afferma comunque l'applicazione delle disposizioni inderogabili individuate dalle norme di conflitto del foro relative ai diritti successori e al trasferimento delle proprietà (art. 15).

All'esito del procedimento di negoziazione, comunque, risultano esclusi dall'ambito di applicazione del Regolamento in esame i profili inerenti a costituzione, funzionamento e scioglimento del trust. Ma, come precisato dal considerando n. 13, tale esclusione non dev'essere intesa quale esclusione generale, dovendosi sottoporre alla *lex successionis* la devoluzione di beni in trust e la determinazione dei beneficiari, in occasione della costituzione di trust testamentari o legali in connessione con una successione legittima.

Sotto il profilo pratico, va inoltre evidenziato come nell'ordinamento inglese, avuto riguardo alle peculiarità della nozione di *domicile*, i - pur limitati - margini di autonomia nell'individuazione della legge applicabile previsti dal Regolamento verrebbero in realtà meno: la scelta di legge non potrebbe che ricadere sulla legge di *domicile*, criterio che nei regolamenti europei già in vigore in materia di cooperazione giudiziaria civile sostituisce per Regno Unito e Irlanda il richiamo al criterio della cittadinanza. Non si tratterebbe, quindi, di una vera scelta di legge⁽⁵⁴⁾.

Anche l'opportunità di introdurre norme in materia di giurisdizione è stata messa in discussione dal Regno Unito, sulla base del fatto che le maggior parte delle successioni internazionali assumono carattere non contenzioso e, comunque, le controversie in tale materia vengono normalmente risolte sulla base delle regole generali relative alla giurisdizione in materia di proprietà.

Infine, perplessità in sede di negoziazione della proposta di regolamento, sono emerse anche in relazione al riconoscimento di decisioni e atti pubblici stranieri e al certificato successorio europeo.

Le difficoltà relative al riconoscimento di decisio-

Note:

(52) In particolare, la Commissione si è posta il problema dei trust relativi ad una successione, chiedendosi se fosse necessario adottare norme particolari in caso di conflitto di leggi in materia di trust ed, eventualmente, quali (domanda n. 11) ed ancora, essendo esclusa la materia delle successioni dal campo di applicazione del Regolamento Bruxelles I, quali siano le regole di competenza per i trust che fanno parte di una successione (domanda n. 24).

(53) Per alcuni riferimenti bibliografici essenziali sulla Convenzione e sulla sua applicazione con specifico riferimento all'ordinamento italiano, cfr. A. Braun, Trusts interni, in Riv.dir.civ., 2000, II, p. 57, S.M. Carbone, Trust interno e legge straniera, in Riv.dir.int.priv. e proc., 2003, pp. 353-362, S.M. Carbone, Autonomia privata, scelta della legge regolatrice del trust e riconoscimento dei suoi effetti nella Convenzione dell'Aja del 1985. Relazione al Convegno nazionale dell'Associazione "Il trust in Italia", Roma, 19-20 novembre 1999, in RDIPP, 1999, fasc. 4, pp. 773-788, G. Contaldi, Il trust nel diritto internazionale privato, Milano, 2001, L. Fumagalli, La convenzione dell'Aja sul trust e il diritto internazionale privato italiano, in Dir. Comm. Int., 1992, 533, L. Fumagalli, La convenzione di Roma ed il "trust". Intervento al convegno sul tema: "La convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali", Treviso, 27-28 novembre 1992. in Diritto del commercio internazionale, 1993, fasc. 4, pp. 893-901, E. Gaillard - E. Trautman, La Convention de la Haye du 1^{er} Juillet 1985 relative la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, in Rev. Crit. Dr. Int. Privé, 1986, p. 19 e ss., A. Gambaro, A. Giardina, G. Ponzanelli, La convenzione dell'Aja sulla legge applicabile ai trusts e al loro riconoscimento, in Nuove leggi civili e commentate, 1993, p.1213 e ss., F. Galgano, Shopping del diritto, trust interno, gruppi di società. in Trusts e attività fiduciarie, 2002, fasc. 3, pp. 333-336, D. Hayton, The Hague Convention on the law applicable to trusts and on their recognition, in International and Comparative Law quarterly, 1978, p. 263 e ss., R. Luzzatto, "Legge applicabile" e "riconoscimento" di trusts secondo la Convenzione dell'Aja del 1 luglio 1985 in Riv. Dir. Int. Priv. e proc., 1999, fasc. 1, pp. 5-20, C. Raymond, Réflexions de droit comparé sur la convention de la Haye sur le Trust, in Rev. de droit comp., 1991, p. 7 e ss., A. E. Von Overbeck, Hague conference on private international law: report on the Hague convention on the law applicable to trusts and on their recognition, in International legal materials, 1986, p. 593 e ss.

(54) Cfr. E.B. Crawford - J.M. Carruthers, International private law: a Scots perspective, [supra, nota 3], p. 602 la quale evidenzia altresì all'interno del regolamento la mancanza di norme di applicazione necessaria e, con specifico riferimento alla norma in materia di scelta di legge. E sottolinea altresì come la legge scelta debba necessariamente regolare la successione nel suo complesso, non potendo il testatore "frammentare" il testamento richiamando la legge di propria nazionalità (o domicilio nel caso del Regno Unito) per regolare la successione di beni immobili e la legge di residenza abituale per regolare la successione di beni mobili.

ni straniere sono legate essenzialmente al fatto che il sistema successorio inglese distingue nettamente la fase dell'*administration* da quella della successione vera e propria: risulta, quindi, problematico per i giudici inglesi riconoscere tanto sentenze straniere in materia di amministrazione dell'eredità quanto provvedimenti che attribuiscono direttamente il patrimonio ereditario agli eredi, senza prevedere amministratori. Allo stesso modo, la tradizione notarile è estranea ai Paesi di *common law* e, come conseguenza, è molto difficile per il Regno Unito applicare il principio di reciproca fiducia anche nei confronti degli atti notarili.

Infine, in relazione al certificato successorio europeo, il Regno Unito considera prematura e problematica l'introduzione della relativa disciplina. Prematura in quanto incide significativamente sul diritto sostanziale degli Stati membri e problematica sia perché impone l'introduzione di uno strumento radicalmente diverso rispetto agli strumenti previsti dall'ordinamento inglese, sia perché il riconoscimento di certificati emessi all'estero - contenenti affermazioni non facilmente contestabili - è idonea a rafforzare gli strumenti di recupero dei beni riconducibili all'eredità, che il Regno Unito teme.

Queste le principali ragioni alla base dell'*opting-out*.

Ma, per apprezzare in concreto, le ricadute che la disciplina europea avrebbe potuto avere nell'ordinamento inglese, può essere utile verificare quale sarebbe stato l'esito del caso "Curati" se si fosse fatta applicazione delle disposizioni contenute nel Regolamento n. 650/2012.

In verità, anche nell'ipotetico vigore del Regolamento il caso in esame sarebbe stato di difficile soluzione, stanti le difficoltà di accertare la residenza abituale del *de cuius*. In linea di principio sembrerebbe assimilabile all'ipotesi - espressamente contemplata dal considerando n. 24 - nella quale il defunto è andato a vivere all'estero per lavoro, per un lungo periodo, pur mantenendo un collegamento stretto e stabile con il Paese di origine. Secondo le indicazioni del Regolamento europeo, "(i)n un siffatto caso si potrebbe ritenere che il defunto, alla luce delle circostanze della fattispecie, avesse ancora la propria residenza abituale nello Stato di origine in cui è situato il centro degli interessi della sua famiglia e della sua vita sociale"⁽⁵⁵⁾. Ecco che quindi, nel caso Curati, il "collegamento stretto e stabile" mantenuto con l'Italia ed, in particolare, con il Paese di Carpa-

neto avrebbe potuto giustificare il radicamento della controversia innanzi alle autorità giurisdizionali italiane ed anche l'applicazione della legge italiana, non solo in qualità di legge dello Stato di residenza abituale del *de cuius* ma anche quale legge dello Stato di cittadinanza, scelta del Signor Curati mediante il richiamo della locuzione "erede universale".

Invero, ai giudici italiani non sarebbe stata del tutto preclusa l'applicazione della legge inglese, nell'esercizio della facoltà - prevista in via eccezionale - di applicare la legge di un altro Stato con il quale il defunto aveva collegamenti manifestamente più stretti. Ma, come detto, si tratta di una facoltà eccezionale, l'esercizio della quale necessita di adeguata giustificazione.

Anche l'analisi delle possibili ricadute pratiche del Regolamento ben fa capire le difficoltà che il Regno Unito incontra rispetto all'adozione di un sistema normativo "rivoluzionario" e per molti versi rischioso. Difficoltà che non sembrano, quantomeno nel breve periodo, superabili e che con tutta probabilità impediranno al Regno Unito di notificare anche in futuro l'intenzione di accettare il regolamento.

Nota:

(55) Si veda considerando n. 24.

La Corte Suprema inglese rivede la *Re Hastings-Bass rule*

di Elena Antonella Tritto

Il contributo analizza il peculiare percorso giurisprudenziale della *Re Hastings-Bass rule* caratterizzato da decisioni contrastanti presso la corte di prima istanza e dalla riformulazione innovativa del principio data dalla Corte d'Appello, sostanzialmente confermata dalla Corte Suprema.

La questione non è di poca rilevanza se si osserva che la diversa estensione del potere attribuito ai giudici per eliminare le conseguenze fiscali scaturenti dalla *mala gestio* dei trustee ha un forte impatto sull'erario della Corona. Doveroso è infine un breve cenno alla *law of mistake* del trustee, rispetto alla quale la corte di ultima istanza ha seguito un approccio divergente rispetto a quanto deciso in sede di appello e più vicino a quello della *Royal Court* di Jersey.

■ La *Re Hastings-Bass rule*: origini e portata applicativa

Il principio è stato affermato per la prima volta nel caso *Re Hastings-Bass (dec'd)*(1) dal quale prende il nome. Nella formulazione originaria, data dalla Corte d'Appello, la regola generale prevedeva che quando un trustee esercitava un potere discrezionale, agendo in buona fede, ma senza ottenere i risultati sperati, il giudice non potesse interferire con la sua azione. Le uniche due eccezioni riguardavano i casi in cui il trustee avesse agito *ultra vires* ovvero fosse ragionevole supporre che avesse preso la propria decisione sulla base di elementi non pertinenti o in difetto di quelli rilevanti(2).

I trustee del caso di specie, al fine di evitare una imposta di successione, si erano avvalsi del *power of advancement* -art. 32 del *Trustee Act* del 1925(3)- creando un *life interest* valido e restanti *interests* che risultavano invece affetti da nullità poiché in contrasto con la nuova *rule against perpetuities*(4), nel frattempo modificata. In virtù di ciò, l'amministrazione fiscale

Elena Antonella Tritto - Dottoranda in Diritto Privato Comparato e Diritto Privato dell'Unione Europea presso l'Università di Macerata

Note:

(1) *Hastings-Bass (dec'd)*, Re conosciuta anche come *Hastings-Bass Trustees v Inland Revenue Commissioners* [1975] Ch 25. Per ulteriori approfondimenti si vedano, *inter multis*: T. Geraint – H. Alastair, *The Law of Trusts*, Oxford, 2010, pp. 571 s; G. Moffat – G. Bean – R. Probert, *Trusts Law: Text and Materials (Law in Context)*, Cambridge, 2009, pp. 549 s; E. Campbell, *Changing the Terms of Trusts*, London, 2002, p. 86; N. Evans – S. Meadway – A. Meek – J. Wood, *A Practitioner's Guide to Contentious Trusts & Estates*, London, 2002, p. 200; L.A. Sheridan, Keeton and Sheridan's *The Law of Trusts*, Chichester, 1993, p. 336.

(2) Secondo il giudice Buckley LJ: "Where by the terms of a trust (as under section 32) a trustee is given a discretion as to some matter under which he acts in good faith, the court should not interfere with his action notwithstanding that it does not have the full effect which he intended, unless (1) what he has achieved is unauthorised by the power conferred upon him or (2) it is clear that he would not have acted as he did (a) had he not taken into account considerations which he should not have taken into account or (b) had he not failed to take into account considerations which he ought to have taken into account". [1975] Ch 25, p. 41.

(3) Il diritto di anticipazione è previsto dalla legge e permette al trustee di trasferire nel corso di un trust i beni sottesi ad un beneficiario attuale. Sul punto si vedano: J. Thurston, *A Practitioner's Guide to Trusts*, Haywards Heath, 2011, pp. 23-25; N. Hassall, *Powers of advancement: how far can Pilkington be stretched?*, [2007] *Private Client Business*, 4, 282; J.G. Riddall, *The Law of Trusts*, London, 2002, pp. 365-370; R.T. Oerton, *The scope of special powers of appointment, powers of advancement and similar powers: Part 1*, [1994] *Private Client Business*, 5, 317; Id., *The scope of special powers of appointment, powers of advancement and similar powers: Part 2*, ibidem, 6, 402; Id., *Powers of appointment or advancement: can they be used to create discretionary (or protective) trusts?*, [1990] *Trusts & Estates*, 6; A.H. Cosway, *The Trust accountant's guide*, London, 1930, pp. 32 s.

(4) La *rule against perpetuities* ha la funzione di evitare che il disponente accordi l'attribuzione di un *legal estate* o di un *equitable interest* in un tempo futuro troppo lontano. Di essa si discuteva già nella sentenza del 1682 *Duke of Norfolk's Case v The Doctrine of Perpetuities* 22 E.R. 931, ma la sua disciplina è stata dapprima coordinata nel *Perpetuities and Accumulations Act* del 1964 e successivamente emendata con il *Perpetuities and Accumulations Act* del 2009 (entrato in vigore nel 2010). Per approfondimenti si vedano: R. Megarry – H.W.R. Wade, *The Law of Real Property*, London, 2012, pp. 317-382; M. Lupoi, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Padova, 2011, pp. 53 s; F. Pene Vidari, *Le successioni. Vol. 4: La successione legittima e necessaria*, in R. Sacco (diretto da), *Trattato di diritto civile, Utet giuridica*, 2009, pp. 81 ss; C. Castronovo – C. Mazzamuto, *Manuale di diritto privato europeo*, Vol. II, Milano, 2007, pp. 39 ss; J. Skovron, *Beware the rule against perpetuities*, [2003] *Property Law Journal*, 18; J.G. Goldsworth, *The rule against perpetuities*, 2 *Trusts & Trustees*, 1, 13 (1995); J.H.C. Morris – W. Barton Leach, *The Rule against Perpetuities*, London, 1986; J.C. Gray, *The rule against perpetuities*, Boston, 1915; R.G. Marsden, *The Rule against Perpetuities: a Treatise on Remoteness in Limitations, with a Chapter on*

(segue)

pretese il pagamento del tributo sul presupposto che la nullità degli *interests* residuali determinasse l'invalidità dell'intera operazione. Al contrario, la Corte d'Appello, escluse l'estensione della nullità al *life interest* e dichiarò pertanto l'imposta non esigibile, riformando la sentenza di primo grado, favorevole invece alla *Inland Revenue Commissioners*. L'obiettivo della decisione era senza dubbio proteggere il beneficiario, la cui posizione nei rapporti con i propri trustee si caratterizza spesso per una peculiare vulnerabilità(5).

Tuttavia, nel corso del tempo la *Re Hastings-Bass rule* è stata applicata tradendo il suo intento iniziale. Nel caso *Mettoy Pension Trustees Ltd v Evans*(6) l'eccezionale potere di interferenza del giudice, riconosciuto nella precedente sentenza, diventa infatti regola attraverso il passaggio dalla formulazione in negativo (*should not interfere*) ad una in positivo (*will interfere*) dell'enunciato(7). Il principio affermatosi *medio tempore* nella prassi della corte di prima istanza è quello sintetizzato dal giudice Lloyd LJ nel caso *Sieff v Fox*(8). Secondo tale arresto, quando il trustee è libero di esercitare i poteri discrezionali, la Corte interverrà nel caso in cui gli effetti di siffatto esercizio differiscano dalle sue intenzioni per aver preso in considerazione elementi irrilevanti o per non aver considerato quelli pertinenti(9).

Il rovesciamento di prospettiva ha determinato non solo un mutamento letterale della regola, ma ha favorito anche una inversione delle sue finalità ed operatività(10). La *Re Hastings-Bass rule* è diventata anzitutto un *escamotage* per trustee e loro consulenti finalizzato ad evitare la responsabilità derivante da proprie condotte negligenti(11). In secondo luogo, le conseguenze indesiderate per le quali il principio è stato invocato sono spesso risultate nei danni arrecati al trust conseguenti al sorgere di una responsabilità tributaria(12). La giurisprudenza si era infatti

Note:

(continua nota 4)

Accumulation and the Thelluson Act, London, 1883. Più in generale si vedano: R. Krebs, *Bermuda abolishes the rules against perpetuities and accumulation*, 15 *Trusts & Trustees*, 9, 722 (2009); E. Powles – S. Mazzer, *The new rule against perpetuities: hidden traps for commercial trusts*, 24 *Butterworths International Banking and Financial Law*, 8, 486 (2009); T.P. Gallanis, *The rule against perpetuities and the Law Commission's flawed philosophy*, 59 *Cambridge Law Journal*, 2, 284 (2000); D. Pollard, *The "Air Jamaica" case: pensions and the "rule against perpetuities"*, 13 *Trust Law International*, 4, 259 (1999); Simmons & Simmons, *Law Commission proposes fundamental reform of the rule against perpetuities*, [1998] *In-House Lawyer*, 45; R. Venables, *Channel Island trusts: the 100 year rule and the rules against perpetuities and excessive accumulations*, 7 *Offshore & International Taxation Review*, 171 (1997);

Law Commission, *Rules against perpetuities and excessive accumulations*, [1994] *British Pension Lawyer*, p. 6; C. Emery, *Do we need a rule against perpetuities?*, 57 *The Modern Law Review*, IV, 602 (1994).

(5) Cfr M.J. Ashdown, *In defence of the rule in Re Hastings-Bass*, 16 *Trusts & Trustees*, 10, 826, a p. 827 (2010) e L. Smith, *The Motive, Not the Deed*, in J. Getzler (cur.), *Rationalizing Property, Equity and Trusts: Essay in Honour of Edward Burn*, London, 2003, 53, a p. 61.

(6) *Mettoy Pension Trustees Ltd v Evans* [1990] 1 *WLR* 1587. Per un commento sulla sentenza si vedano: S. Gardner, *Fiduciary powers in toy-town* (Case comment), 107 *Law Quarterly Review*, 214 (1991); C. McSweeney, *Mettoy Pension Trustees Ltd v Evans and Others*, 5 *Trust Law International*, 1, 31 (1991); K. Heathcote, *Mettoy Pension Trustee v Evans and Others*, [1990] *British Pension Lawyer*, 7; M. Thomas, *Case comment. The nature of a trustee's discretion over surplus funds in occupational pension scheme – Mettoy Pension Trustees v Evans and others*, 5 *Journal of International Banking Law*, 331 (1990). Per approfondimenti si vedano inoltre: G. Moffat, *Pension funds: a fragmentation of trust law?*, 54 *The Modern Law Review*, 4, 471 (1993); L.G. Doyle, *The insolvent company's pension scheme: pitfalls for the officer holder*, [1993] *Insolvency Lawyer*, 2; R. Ellison, *Equity and pension funds*, 2 *Kings College Law Journal*, 127 (1992).

(7) Secondo il giudice J. Warner: "where a trustee acts under a discretion given to him by the terms of the trust, the court will interfere with his action if it is clear that he would not have acted as he did had he not failed to take into account considerations which he ought to have taken into account".

(8) *Sieff v Fox* [2005] 1 *WLR* 3811. Per ulteriori approfondimenti vedi, *inter multis*: M. Conaglen, *Trustee (in)discretion*, 65 *Cambridge Law Journal*, 1, 15 (2006); R. Nolan – M. Thomas – B. Dowrick, *The odd couple? Hastings Bass and mistake*, [2006] *The Conveyancer and Property Lawyer*, 91; S. Taube, *The principle in Hastings-Bass and Sieff v Fox: analogies with administrative law*, [2006] *Private Client Business*, 3, 155; N. Evans, *Setting aside trustees' decision*, [2005] *Trusts and Estates Law & Tax Journal*, 8; E. Palser, *Turning back the clock*, 155 *New Law Journal*, 7197, 1592 (2005); P. Vaines, *Trust appointments*, [2005] *Taxline*, 12.

(9) Nel testo originale si legge: "Where trustees act under a discretion given to them by the terms of the trust, in circumstances in which they are free to decide whether or not to exercise that discretion, but the effect of the exercise is different from that which they intended, the court will interfere with their action if it is clear that they would not have acted as they did had they not failed to take into account considerations which they ought not to have taken into account, or taken into account considerations which they ought to have taken into account", [2005] 1 *WLR* 3811. L'esistenza di un obbligo di agire in capo ai trustee aveva invece come esclusiva conseguenza un affievolimento dell'onere probatorio. In quest'ultimo caso infatti si sarebbe dovuto applicare il "might" (e non il "would") test. (Lloyd LJ aveva operato tale distinzione per conciliare il principio con i precedenti casi *Kerr v British Leyland (Staff) Trustees Ltd* [2001] *WTLR* 1071 e *Stannard v Fisons Pension Trust Ltd* [1990] 1 *PLR* 179, condiviso in appello [1991] *PLR* 225).

(10) In difesa della *Re Hastings-Bass rule* si veda: J. Hilliard, *Re Hastings-Bass: Too Good to be True?*, 16 *Trust Law International*, pp. 202 e ss (2002) e *Id*, *Limiting Re Hastings-Bass?*, [2004] *The Conveyancer and Property Lawyer*, 208 (in particolare a p. 223). Contra si veda T.H. Wu, *Rationalising Re Hastings-Bass: A Duty to Act on Proper Bases*, 21 *Trust Law International*, 2, 62, a pp. 66 ss (2007).

(11) D. Hayton – P. Matthews – C. Mitchell, *Underhill and Hayton Law Relating to Trusts and Trustees*, London, 2010, pp. 914-915; C. Mitchell, *Reining in the Rule in Re Hastings-Bass*, 122 *Law Quarterly Review*, 35, a p. 36 (2006).

(12) Cfr., *inter multis*: J. Bray, *Sink or Swim? The future for the rule in re Hastings-Bass*, 18 *Trusts and Trustees*, 2, 96, a pag. 97 (2012); M. Bhandari, *Pitt v Holt, Futter v Futter: at last, Hastings-Bass limited, but is enough?*, [2011] *British Tax Review*, 3, 288, a p. 288; C. Webb – T. Akkouch, *Trusts law*, Basinstoke, 2011, p. 278.

orientata nel senso di accordare al giudice la facoltà di togliere efficacia all'atto del trustee anche nel caso in cui l'inaspettata conseguenza derivante dell'esercizio improprio del potere discrezionale fosse una imposizione fiscale(13). Ciò comportava che ove il trustee non avesse preso in considerazione risvolti di carattere tributario (o errato nella loro valutazione), sia pure in conformità ad una consulenza professionale, i giudici avrebbero potuto dichiararne l'invalidità. Pertanto il principio, inizialmente previsto per il mancato raggiungimento degli "effetti legali diretti" (come in *Re Hastings-Bass dec'd*), è stato successivamente applicato quando, pur in presenza di una loro esatta realizzazione, fossero derivate delle conseguenze non volute, come quelle fiscali(14).

■ La decisione della High Court sui casi *Pitt v Holt* e *Futter v Futter*

La sopravvivenza del contenuto assunto in seguito, piuttosto che di quello originario, è stata favorita dall'assenza di ricorsi in sede di appello: nessuna delle parti aveva infatti interesse a modificare le decisioni della corte di primo grado(15).

Ciononostante, si cominciarono a manifestare opinioni discordanti in merito all'applicazione della *re Hastings-Bass rule*, divenuta un rimedio autonomo rispetto alla *rectification* e alla *law of mistake*(16). Nel caso *Breadner v Granville-Grossman*(17) il giudice Parker J sostenne, ad esempio, che tale principio non potesse accordare un diritto di ripensamento ai trustee insoddisfatti dei risultati ottenuti. Lo stesso giudice Lord Walker considerò inammissibile che la regola *de qua* diventasse una *carte blanche* di scusanti concesse ai trustee in errore(18).

Successivamente, la *Her Majesty's Revenue & Customs* (di seguito HMRC), nel *Tax Bulletin* 83 del Giugno 2006, avanzò la possibilità di prender parte in futuro ai processi concernenti tale criterio in quanto, la sua applicazione più ampia rispetto allo scopo per cui era stata prevista, determinava un impatto negativo sul gettito fiscale(19). Il ruolo attivo della HMRC si è in concreto realizzato per la prima volta nel *Guernsey*, nel caso *Gresh v RBC Trust Company (Guernsey) Ltd* (20) e più tardi, in Inghilterra e Galles, prima nel caso *Pitt v Holt*(21) e poco dopo in *Futter v Futter*(22).

Questi ultimi sono stati decisi in primo grado rispettivamente il 18 Gennaio e l'11 Marzo del 2010. Nella prima controversia, il signor Pitt aveva subito

un incidente d'auto che gli aveva causato delle gravi

Note:

(13) Vedi ad esempio *Green v Cobham* [2000] W.T.L.R. 1101; *Abacus Trust Co (Isle of Man) v NSPCC* [2001] S.T.C. 1344 (entrambe commentate da I. Dawson, *The effect of an unthinking trustee's action*, [2002] *The Conveyancer and Property Lawyer*, 67); *Burrell v Burrell* [2005] EWHC 245 (Ch); *Sieff v Fox* [supra, nota 8]. Quest'ultima è stata richiamata anche al di fuori del common law britannico da: Supreme Court of Victoria, in *Sinclair v Moss*, [2006] VSC 130; Royal Court of Jersey (in applicazione della legge delle Isole Cook) in *RAS I Trust*, Re [2006] JRC 187; Grand Court delle Isole Cayman in *A v Rothschild Trust Cayman Ltd*, [2006] WTLR 1129 (cfr D. Hagen, *The unruly rule in Re Hastings-Bass: are the limits still unclear?*, 13 *Trust & Trustees*, 7, 238 (2007) e per ulteriori approfondimenti: J. Howard, *Hastings-Bass – ocean apart*, [2011] *Private Client Business*, 1, 23; S. Dunn, *Hastings-Bass and tax mistakes*, [2006] *Trusts and Estates Law & Tax Journal*, 13). Diversa la posizione del Canada che, in caso di conseguenza fiscali impreviste per atti compiuti non solo da trustee ma da chiunque, prevede un'azione di rettifica, come nel caso *Canada (Attorney General) v Juliar* [2000] 50 O.R. (3d)728 (C.A.). Per ulteriori approfondimenti si veda J. Nitikman, *Many Questions (and a Few Possible Answers) About the Application of Rectification in Tax Law*, 53 *Canadian Tax Journal/Revue Fiscale Canadienne*, 4, 941 (2005).

(14) Cfr in giurisprudenza *Smithson v Hamilton* [2008] 1 WLR 1472, at [53] e in dottrina Lord Neuberger of Abbotsbury, *Aspects of the law of mistake: Re Hastings-Bass*, 15 *Trusts and Trustees*, 4, 189, a p. 192 (2009). Per un commento sulla sentenza *Smithson v Hamilton* si veda inoltre N. Stallworthy, *Rationalising Mistake in the Law of Trusts: Smithson v Hamilton* (2008), 23 *Trust Law International*, 2, 51 (2009).

(15) M. McKeever, *Hastings-Bass overturned*, [2011] *Trusts and Estates Law & Tax Journal*, 4, a p. 5.

(16) Cfr. M. Lupoi, [supra, nota 4], p. 188.

(17) *Breadner v Granville-Grossman* [2001] Ch 523.

(18) Sir R. Walker, *The limits of the Principle in Re Hastings-Bass*, [2002] *Private Client Business*, 4, 226 e 13 *The King's College Law Journal*, 2, 173 (2002).

(19) Cfr D. Hagen, *The unruly rule in Re Hastings-Bass* [supra, nota 13], p. 238; M. Hutton, *The Hastings-Bass principle: HMRC's interpretation*, [2006] *Private Client Business*, 5, 293.

(20) *Gresh v RBC Trust Company (Guernsey) Ltd*, [2009-10] GLR 216 (Royal Court) e 239 (Court of Appeal). Per un commento sulla sentenza v.: S. Davies – J. Ellis, *HMRC wades in offshore: Gresh v RBC Trust Company (Guernsey) Ltd & HM Revenue and Customs*, Court of Appeal of Guernsey, 16 September 2009, 16 *Trusts and Trustees*, 5, 331 (2010). La HMRC inglese si era infatti rifiutata di intervenire fino al 2010. Sul punto si vedano: E. Hewitt, *HMRC v Re Hastings-Bass: the battle begins*, 16 *Trusts and Trustees*, 7, 550 (2010); M. Bhandari, *Unravelling Transactions for Tax Purposes: Rescission and Rectification*, [2011] *British Tax Review*, 1, 82.

(21) *Pitt v Holt* [2010] EWHC 45 (Ch). La sentenza è pubblicata in questa Rivista, 2011, 412. Per alcuni commenti si vedano: G. Richardson, *Pitt v Holt: HMRC, Hastings-Bass and mistakes*, 16 *Trust and Trustees*, 5, 336 (2010) e J. Goldsmith, *Pitt v Holt*, [2010] *Elderly Client Adviser*, 10.

(22) *Futter v Futter* [2010] EWHC 449 (Ch). La sentenza è pubblicata in questa Rivista, 2011, 412. A riguardo si vedano: R. Nolan – A. Cloherly, *Taxing times for Re Hasting-Bass*, 126 *Law Quarterly Review*, 513 (2010); J. Weale, *Still going strong: the irrepressible Hastings-Bass principle: Futter & Anor v Futter & Ors* [2010] EWHC 449 (Ch) (11 March 2010), 16 *Trusts and Trustees*, 5, 340 (2010).

lesioni per le quali ricevette una compensazione e un vitalizio. Sua moglie, nominata curatore dalla *Court of Protection*(23), a seguito di una consulenza legale decise di istituire un *discretionary trust* in cui far confluire le somme del risarcimento dei danni. Solo a seguito della morte del marito, essa si rese conto che il trust nella forma costituita secondo le indicazioni degli esperti, generava delle ingenti imposte di successione e che queste si sarebbero evitate con la forma del trust di persona disabile.

Futter v Futter costituiva invece un tipico esempio di caso *re Hastings-Bass*. I trustee avevano infatti esercitato il potere di “*advancement*” (art. 32 del *Trust Act* del 1995) in relazione a due *trust*, dietro consulenza legale, per evitare le imposte da incremento di capitale (*Capital Gains Tax*). I consulenti non avevano però notato che, ai sensi del *Taxation of Chargeable Gains Act* del 1992, in quelle circostanze le *stock-piled gains* non potevano essere compensate con le perdite ai fini dell’esenzione fiscale. Ciò generava pertanto il sorgere dell’imposta da incremento di capitale, ossia esattamente quella per evitare la quale i trustee avevano esercitato il proprio potere.

In entrambi i casi, i trustee si rivolsero alla *High Court* al fine di ottenere la dichiarazione di inefficacia dei propri atti in applicazione della *Re Hastings-Bass rule* e dunque il venir meno delle conseguenze fiscali indesiderate. I giudici di primo grado, in ossequio ai precedenti, accolsero le domande delle parti attrici, nonostante la richiesta opposta avanzata dalla *HMRC*.

■ I suoi sviluppi dinanzi alla *Court of Appeal*

Le sentenze dei giudici di primo grado sono state impugnate dalla *HMRC*. Ciò ha dato occasione alla Corte d’Appello di pronunciarsi per la prima volta (a seguito del suo intervento iniziale) sulla *re Hastings-Bass rule* il 9 marzo 2011(24). La decisione di secondo grado intende indicare l’esatta formulazione del principio, dissipando i dubbi in merito a due aspetti centrali lasciati irrisolti dalle pronunce discordanti della giurisprudenza di primo grado. La prima questione riguardava se ai fini dell’operatività del principio fosse necessario il *breach of fiduciary duty* da parte del trustee. Questa posizione era stata avanzata dal giudice Lightman J in *Abacus v Barr* (2003)(25), ma non era stata pienamente condivisa dal giudice Loyd LJ in *Sieff v Fox*(26). La seconda, invece, aveva ad

oggetto se l’applicazione della regola *Hastings-Bass* da parte del giudice determinasse la nullità o la mera annullabilità dell’atto(27). Nella sentenza *Futter* di primo grado, il giudice Norris J aveva ad esempio affermato che in questi casi gli atti posti in essere dai trustee fossero nulli in *equity* e non annullabili(28). Ri-

Note:

(23) In base al *Mental Health Act* 1983 parte VIII.

(24) Casi decisi congiuntamente *Pitt v Holt*; *Futter v Futter* [2011] EWCA Civ 197. Per commenti sulla sentenza: E. Weaver, Putting it right (1): remedying problems in trusts and trust documents, 19 *Trusts & Trustees*, 1, 31, a pp. 32 s; M.J. Ashdown, *Pitt v Holt*: what next for the rule in *Re Hastings-Bass?*, [2011] *Elder Law Journal*, 291; L. Carkeek, Back on the right track. Reversing the *Hastings-Bass* rule, 161 *New Law Journal*, 7464, 632 (2011); R. Chambers, The rule in *Hastings-Bass* (Deceased): *Pitt v Holt*, 25 *Trust Law International*, 1, 17 (2011); M. Conaglen, Reviewing the review of fiduciary discretions, 70 *Cambridge Law Journal*, 2, 301 (2011); S. Collins – S. Kempster – M. McMillan – A. Meek (cur.), *International Trust Disputes*, Oxford, 2011, parr. 10.27 ss; P.S. Davies, Correcting Mistakes: Wither the Rule in *Re Hastings-Bass*, [2011] *Conveyancer and Property Lawyer*, 5, 406; R. Hughes, Trusts: the rule in *Re Hastings-Bass*, [2011] *Elder Law Journal*, 240; P. James – S. Pickford, Putting right a wrong turn?, 161 *New Law Journal*, 7463, 592 (2011); H. Mander, Undoing trustee errors: *Hastings-Bass* and the law of mistake, in *International Financial Law Review*, 2011, pp. 101-102; T. Molloy QC, Court of Appeal in *Pitt and Futter* puts the so-called Rule in *Hastings-Bass* out of its misery, but leaves a loose end that is bound to cause bother unless the Supreme Court ties it off, 17 *Trusts and Trustees*, 5, 415 (2011); R. Nolan – A. Cloherty, The Rule in *Pitt v Holt?*, 127 *Law Quarterly Review*, 499 (2011); A. Proctor, Unanticipated outcomes, [2011] *Trusts and Estates Law & Tax Journal*, 6; P. Reed QC, The Death of the So-called Rule in *Hastings-Bass*, [2011] *Private Client Business*, 4, 179; M. Stanford-Tuck, How to juggle beneficiaries: the power to add or remove, 17 *Trusts and Trustees*, 7, 695, a pp. 702-703 (2011); M. Truman, So long Billy Bass, 167 *Taxation*, 4302, 9 (2011).

(25) *Abacus Trust Company v Barr* [2003] Ch 409 (sulla sentenza si vedano tra gli altri: C. Colacicchi – C. Hickey, The developing rule in *Hastings-Bass*, [2004] *Pensions*, 203; M.D.J. Conaglen, Judicial review of trustees’ discretionary decisions, 63 *Cambridge Law Journal*, 2, 283 (2004); G. Lightman, The trustees duty to provide information to beneficiaries, [2004] *Private Client Business*, 1, 23, a pp. 23-24; M.A. Ramjohn, Test for the proper exercise of the trustees’ discretion, [2003] *Student Law Review*, 31; F. Lageberg, *Abacus v Barr* (High Court), [2003] *Accountancy*, 110. Sulla portata di tale requisito discutono ad esempio Mann J in *Burrell v Burrell* [2005] EWHC 245 (Ch), Etherton J in *Gallaher v Gallaher* [2005] EWHC 42 (Ch); esso è invece escluso espressamente nel caso *Howe Family Number 1 Trust, Re* [2009] WTLR 419 (Jersey).

(26) V. R. De Lacy QC, The Court of Appeal Removes the Safety Net: *Pitt v Holt*; *Futter v Futter* [2011] EWCA 197, 17 *Trusts & Trustees*, 5, 425, a p. 429 (2011); S. Wilson, *Todd & Wilson’s Textbook on Trusts*, Oxford, 2011, p. 358.

(27) Sul punto cfr R. Nolan – A. Cloherty, Taxing times for *Re Hastings-Bass* rule, 126 *Law Quarterly Review*, 513, a p. 515 (2010); S. Panesar, The uncertainties in the rule in *Re Hastings-Bass*, 31 *Liverpool Law Review*, 3, 259, a pp. 264 ss (2010); C. Webb – T. Akkouch, *Trusts law*, [supra, nota 12], p. 278; S. Taube, The principle in *Hastings-Bass* and *Sieff v Fox*, [supra, nota 8], pp. 161 ss; E. Nugee QC, *Re Hastings-Bass Again – Void or Voidable? And Further Reflections*, [2003] *Private Client Business*, 3, 173.

(28) La questione non si poneva nel caso *Pitt* poiché ai sensi del s 150 dell’*Inheritance Tax Act* 1984 ai trasferimenti annullabili è riservato il medesimo trattamento di quelli nulli.

tenere il *breach of fiduciary duty* un presupposto essenziale ai fini dell'applicazione del principio aveva invece portato il giudice Lightman J. in *Abacus v Barr* (2003) alla conclusione opposta. Secondo i principî di *Equity*, l'invalidità dell'atto per violazione del *fiduciary duty* non può infatti rilevare in termini di nullità ma di annullabilità⁽²⁹⁾. Pertanto, la Corte d'Appello, prendendo atto che la *Re Hastings-Bass rule* così come applicata dal caso *Mettoy* in poi "was not a correct statement of law", si proponeva di individuare la vera *ratio decidendi*⁽³⁰⁾.

Secondo la nuova regola elaborata in sede di appello, l'atto è nullo nel caso in cui il trustee abbia agito *ultra vires*, ossia in presenza di un vizio procedurale (ad es. carenza del previo consenso necessario), di un vizio sostanziale (ad es. delega da soggetto non autorizzato), di una violazione di legge. Se il trustee ha invece agito *intra vires*, l'atto è annullabile a condizione che vi sia un *breach of fiduciary duty*, come nel caso in cui il trustee non abbia preso in considerazione le conseguenze fiscali. Al riguardo la Corte specifica altresì che nell'ipotesi in cui il trustee abbia proceduto dietro consulenza di un professionista, quand'anche questa risultasse sbagliata, non si verifica un *breach of fiduciary duty* e pertanto l'atto non è annullabile. Nessuna distinzione tra diligenza ordinaria e professionale sembra invece emergere ai fini della valutazione dell'adempimento agli obblighi fiduciari⁽³¹⁾.

In applicazione del nuovo principio la Corte ha dunque accolto l'appello proposto dalla HMRC ed ha escluso in entrambi i casi sia la nullità (trattandosi di esercizio di potere *intra vires*) che l'annullabilità degli atti (poiché i trustee avevano agito a seguito di una consulenza tecnica e, di conseguenza, avevano assolto i propri obblighi in modo diligente).

Nella medesima sentenza, la Corte d'Appello si è inoltre pronunciata in merito alla *law of mistake*⁽³²⁾. I giudici di secondo grado hanno respinto la rilevanza dell'errore in tema di *voluntary dispositions* avanzata in alternativa alla *Re Hastings-Bass rule* dalla signora Pitt e già rigettata in primo grado. Dal combinato disposto dei precedenti risultava infatti che per eliminare un atto invocando l'intervento dell'*Equity* in materia di errore fosse necessaria una falsa rappresentazione circa gli effetti⁽³³⁾ del diritto o della realtà materiale sufficientemente seria da rendere ingiustificata l'operazione⁽³⁴⁾. Dato che la responsabilità fiscale nel caso di specie era una conseguenza e non un effetto, la *law of mistake* non poteva essere invocata⁽³⁵⁾.

■ Conseguenze pratiche della sentenza d'appello

La sentenza di secondo grado ha dunque chiarito alcuni temi fondamentali in merito sia alla *re Hastings Bass rule* (precisando quando l'atto è nullo o annullabile, l'essenzialità del *breach of fiduciary duty* ai fini dell'annullabilità, il venir meno di tale *breach* in presenza di una consulenza professionale), che alla rilevanza dell'errore. Tuttavia, essa non è stata esente da critiche.

In primo luogo è interessante notare che sulla base del nuovo principio al beneficiario resta normalmente ben poco fare nel caso in cui i trustee abbiano agito nell'ambito dei propri poteri e dietro

Note:

(29) In precedenza si erano espressi ad esempio in termini di nullità il giudice Parker J in *Green v Cobham* [*supra*, nota 13] e il giudice Patten J in *Abacus Trust Company (Isle of Man) v NSPCC* [*supra*, nota 13]; lascia aperto il problema il giudice Loyd LJ in *Sieff v Fox* [*supra*, nota 8] il quale, pur non dovendo decidere sulla nullità o annullabilità dell'atto, osserva che la conclusione del giudice Lightman J è attrente, ma necessita di ulteriori considerazioni, visti i precedenti. La questione era stata già considerata "difficile" dallo stesso R. Walker in *The limits of the principle in Re Hastings Bass*, [*supra*, nota 18], p. 231 e [*supra*, nota 18], p. 177.

(30) Merita notare che la regola è stata riformulata da Lloyd LJ, lo stesso giudice che nella sentenza di primo grado Sieff v Fox aveva sintetizzato il principio "sbagliato".

(31) Il fatto che uno dei trustee nel caso Futter fosse un solicitor e partner dello studio legale cui era stata richiesta la consulenza, non ha inciso sull'analisi del *breach of fiduciary duty*.

(32) Per ulteriori approfondimenti si vedano, *inter multis*: M. Bhandari, Pitt v Holt, Futter v Futter, [*supra*, nota 12], p. 293 ss; J. Bray, Sink or Swim? [*supra*, nota 12], p. 111; R. Chambers, The rule in Hastings-Bass [*supra*, nota 24], pp. 20 ss; P.S. Davies, Correcting Mistakes [*supra*, nota 24], pp. 416 ss; A. Proctor, Unanticipated outcomes [*supra*, nota 24], pp. 8 s. Per la situazione immediatamente antecedente vedi: D. Hayton, Some current trust law issues 2010, 24 *Trust Law International*, 4, 217 (2010).

(33) *Gibbon v Mitchell* [1990] 1 WLR 1304. Per un commento si veda J. Hilliard, *Gibbon v Mitchell reconsidered: mistakes as to effects and mistakes as to consequences: Part 2*, [2005] *Private Client Business*, 1, 31; Id, *Gibbon v Mitchell reconsidered: mistakes as to effects and mistakes as to consequences: Part 1*, [2004] *Private Client Business*, 6, 357.

(34) *Ogilvie v Littleboy* [1897] 13 TLR 399, 400; *Ogilvie v Allen* [1899] 15 TLR 294. Contro l'interpretazione cumulativa vedi invece D. Hayton – P. Matthews – C. Mitchell, *Underhill and Hayton Law* [*supra*, nota 11], p. viii, che considera in modo alternativo "the generous Ogilvie approach" e il "restrictive Gibbon approach" (sul punto vedi in particolare P.S. Davies, *Correcting Mistakes* [*supra*, nota 24], p. 416).

(35) Sui casi più recenti in tema di errori e imposte si vedano: *Wolff v Wolff* [2004] EWHC 2110; [2004] STC 1633 (Ch) e *Ogden v Trustees of the RHS Griffiths 2003 Settlement* [2008] EWHC 118; [2008] STC 776 (Ch). Per un commento v. C. Whitehouse, *Griffiths (Deceased)*, *Re: Ogden v Trustees of the RHS Griffiths 2003 Settlement – a novel reason to set aside a gift*, [2008] *Private Client Business*, 4, 179.

consiglio di un professionista. In questi casi, infatti, il beneficiario non può far valere né la nullità dell'atto, in quanto il trustee ha agito *intra vires*, né l'annullabilità, poiché la consulenza (seppur sbagliata), fa venir meno il requisito del *breach of fiduciary duty*. Nello stesso tempo, egli non può invocare la negligenza professionale del consulente rivelatosi incompetente. Ai fini di siffatta azione sono necessari cumulativamente due presupposti, ossia che il professionista abbia un *duty of care* nei confronti del danneggiato e che le perdite sofferte da quest'ultimo siano conseguenza dell'inadempimento al predetto obbligo(36). Ebbene, il consulente ha un legame giuridico con il solo trustee e pertanto non ha alcun dovere di diligenza nei confronti del beneficiario. Nello stesso tempo, neppure il trustee può sperare vittoriosamente la suddetta azione: egli non risponde infatti di alcuna responsabilità nei confronti del beneficiario (per assenza del *breach of fiduciary duty*), e di conseguenza non subisce alcun danno dalla condotta negligente del professionista(37). A ciò si aggiungano la frequente previsione di clausole di esonero di responsabilità e la sezione 61 del *Trustee Act* del 1925 che contribuiscono a rendere immune il trustee dalle azioni di danno nei suoi confronti(38).

Altra questione su cui sono state sollevate talune perplessità riguarda la legittimazione della HMRC a partecipare al procedimento. Secondo parte della dottrina la HMRC avrebbe *locus standi* nei soli casi di nullità dell'atto, valendo tale rimedio nei confronti di chiunque ed *ex tunc*; dovrebbe invece escludersi nelle ipotesi di annullabilità, dato che quest'ultima può essere fatta valere unicamente dal beneficiario(39). Un orientamento più restrittivo considera addirittura che in base al diritto inglese, l'interesse della HMRC ai procedimenti tra beneficiari e trustee non sarebbe solitamente sufficiente e, anche se lo fosse, la sua partecipazione non sarebbe comunque necessaria(40).

Infine, un tema di pari importanza che non è stato invece affrontato, riguarda la tutela del titolo dell'acquirente in buona fede contro le azioni dei terzi. Tale problema non può essere risolto in base alle comuni regole che distinguono tra nullità o annullabilità dell'atto. Il diritto all'applicazione della *re Hastings Bass rule* è stato infatti classificato dalla *Chancery* rimedio di "*mere equity*"(41), il quale, secondo i principî generali, non può essere fatto valere contro l'acquirente in buona fede(42).

■ Il verdetto definitivo della Supreme Court

La disputa è stata definita nel Marzo 2013 dalla *Supreme Court* inglese che ha ammesso il ricorso contro la decisione di secondo grado proposto sia dalla signora Pitt che dai trustee del caso *Futter*. La sentenza dirimente, resa nota lo scorso maggio, si segnala

Note:

(36) In merito alle conseguenze sulla responsabilità professionale dei consulenti interpellati dai trustee si vedano *inter multis*: T.R. Peacocke, *Liability of professionals retained by settlors and trustees following Pitt v Holt/Futter v Futter*, [2011] *Professional Negligence*, 200 e 25 *Trust Law International*, 3, 125 (2011) e più in generale P. Reed, *Professional negligence claims and the tax adviser*, [2004] *Private Client Business*, 5, 318. Per ulteriori approfondimenti si vedano: N. McBride – R. Bagshaw, *Tort Law*, Harlow, England, 2012, pp. 92 ss; F. Quinn, *Tort Law*, Harlow, 2012, pp. 28 ss.

(37) Per un'attenta disamina sulle conseguenze del nuovo principio in particolare v. E. Hewitt, *The end of Re Hastings-Bass*, 17 *Trusts & Trustees*, 7, 704, a pp. 708 ss (2011). Si veda inoltre R. Hughes, *The gloves are off*, 155 *Solicitors Journal*, 24, pp. 13 (2011).

(38) Pur in caso di violazione degli obblighi fiduciari, la Corte può escludere il sorgere di una responsabilità nel caso in cui il trustee abbia agito in modo onesto e ragionevole. Sul punto: S. Wilson's, *Todd & Wilson's Textbook on Trusts*, Oxford, 2011, pp. 396 s; J. Thurston, *A Practitioner's Guide* [*supra*, nota 3], p. 151; D. Hayton – P. Matthews – C. Mitchell, *Underhill and Hayton Law* [*supra*, nota 11], pp. 1187-1195; G. Watt, *Trusts*, Oxford, 2006, pp. 345-346; C. Webb – T. Akkouch, *Trusts law*, [*supra*, nota 12], pp. 306 s; A.M. Kenny, *The Reasonable Trustee*, 126 *Solicitors Journal*, 1982, 631.

(39) R.A. Wallington – S.L. Meadway – E. Rajah QC – M. Waterworth – R. Arnfield – A. Nathan, *Mellows: Taxation for Executors and Trustees*, London, 2011, 10-19 10-20. In tema si veda inoltre E. Weaver, *Trusts and Mistakes: Re Hastings-Bass and other Solutions*, 15 *Journal of International Trust and Corporate Planning*, 1, 1, a p. 6 (2008).

(40) K.A. Byrne, *HMRC's Standing to Intervene in Trust Proceedings*, [2011] *Private Client Business*, 5, 247.

(41) B. Green QC, *The law relating to trustees' mistakes – where are we now?*, 17 *Trust Law International*, 3, 114, a p. 122 (2003); J. McGhee, *Snell's Equity*, London, 2000, para 2-05.

(42) G.W. Thomas, *Challenging the exercise of a trustee's discretion*, 12 *Journal of International Trust and Corporate Planning*, 2, 139, a p. 156 (2005); B. Green QC, *The law relating to trustees' mistakes* [*supra*, nota 41], p. 122. Si veda inoltre J. Bray, *Sink or Swim?* [*supra*, nota 12], pp. 111 s; D. Hayton – P. Matthews – C. Mitchell, *Underhill and Hayton Law* [*supra*, nota 11], p. 914: "[...] while the appointment may be void in equity, the trustees having legal title have it within their power to transfer the legal title subject to the equitable interests of those entitled on the basis that the appointment in equity was void so that a purchaser for value without notice may be safe. If an appointment is voidable, a purchaser may obtain that flawed title from the appointee, and then (a bona fide purchaser for value) successfully oppose any claim to set aside the appointment [...]". In tema di mere equity e bona fide purchaser si vedano *inter multis*: M. Pawlowski – J. Brown, *Mere equities and third parties in leasehold law*, 14 *Landlord & Tenant Review*, 3, 100 (2010); H. Hudson, *Equity and Trusts*, London, 2009, pp. 1150 ss; S. Hepburn, *Principles of Property Law*, Sydney, London, 2001, pp. 101-103; P.D. White, *The illusion of the mere equity: Latec Investments Ltd. v Hotel Terrigal PTY. Ltd. (in liquidation) and Others*, 5 *Sydney Law Review*, 3, 499 (1967); M.E. Megarry, *Mere equities, Bona Fide Purchaser and the Deserted Wife*, 71 *Law Quarterly Review*, 480 (1955).

per avere definito l'annosa questione che assediava l'operatività della regola in esame e del diritto applicabile all'errore del trustee(43). Quanto al primo aspetto, è stato ribadito che il principio può essere invocato quando il trustee, nell'esercizio del proprio potere discrezionale e agendo *intra vires*, abbia ommesso di considerare elementi rientranti tra quelli essenziali ai fini dell'assolvimento dei propri obblighi(44) e, dunque, a condizione che vi sia stato un *breach of fiduciary duty* (par. 73). Tale violazione è tuttavia esclusa nel caso in cui il trustee abbia agito con cura e diligenza, procurandosi informazioni e pareri professionali, nonostante questi dovessero poi rivelarsi sbagliati, configurandosi altrimenti una ingiusta forma di *strict liability* (par. 80). La Corte suprema inglese ha confermato altresì che il rimedio conseguente all'applicazione della regola *de qua* è rappresentato dall'annullabilità dell'atto su istanza dei beneficiari (par. 43).

Nei casi oggetto di definizione (relativi, come visto, al legittimo esercizio dei poteri discrezionali), il parere richiesto dai trustee agli esperti ha escluso la sussistenza di un *breach of fiduciary duty* e dunque la possibilità di annullare gli atti in questione impiegando la *re Hastings-Bass rule* (parr. 95-98).

Quanto alla *law of mistake*, la corte di ultima istanza ha semplificato i presupposti per eliminare l'atto emesso per errore dal trustee attraverso la rimozione della distinzione tra effetti e conseguenze dello sbaglio(45): basta infatti un errore sufficientemente grave da rendere ingiustificata l'operazione (par. 122). Le conseguenze dello sbaglio, incluse quelle fiscali, hanno invece incidenza sulla mera valutazione della gravità (par. 132). Secondo le *guidelines* date dalla corte, la regola trova normalmente applicazione solo ove l'errore cada sulla natura o il carattere dell'operazione o su qualche aspetto fattuale o legale essenziale alla stessa(46).

La richiesta di eliminare l'atto sulla base dell'errore era stata avanzata nel caso *Pitt*, ma rigettata sia in primo che in secondo grado, trattandosi di uno sbaglio sulle conseguenze fiscali. In applicazione della nuova regola, che non esclude la rilevanza di tale errore (salvo che nel caso di *artificial tax avoidance*)(47), la Corte Suprema ha ritenuto al contrario che il rimedio potesse applicarsi al caso di specie (par. 142).

■ Rilievi d'insieme

La Corte di ultima istanza ha confermato, seppur

con proprie specifiche argomentazioni, quanto già chiarito in sede d'appello a proposito del principio *Hastings-Bass*(48). Continuano pertanto ad essere valide le osservazioni già sollevate nei confronti della sentenza di secondo grado.

Più innovativa e dettagliata è invece la soluzione prospettata dalla Corte in merito alla *law of mistake* che si riallaccia al generoso approccio incurante della distinzione effetti/conseguenze, mantenuto dalla giurisprudenza jerseyana(49) anche a seguito della decisione dei casi congiunti *Pitt v Holt* e *Futter v Futter* data dalla Corte d'Appello inglese(50). La *Royal*

Note:

(43) *Pitt et al. v HMRC and Futter v HMRC* [2013] UKSC 26. La sentenza è pubblicata *infra*, 552.

(44) A questa situazione è stata attribuita la diversa espressione di "inadequate deliberation" ed essa si differenzia dal caso in cui il trustee abbia agito andando oltre i propri poteri, cd "excessive execution" (par. 60). La distinzione tra atti *ultra* ed *intra vires* era stata elaborata in appello ed è stata ivi confermata.

(45) La Corte Suprema circoscrive inoltre l'errore distinguendolo dalla mera ignoranza, svista o dalla semplice previsione sbagliata, che possono comunque determinare dei falsi presupposti tali da essere riconosciuti quali errori (parr. 104-105). Degna di attenzione è inoltre la distinzione al par. 109 che viene proposta tra *mistake* e *misprediction*, riferendosi rispettivamente il primo a questioni di fatto o di diritto passati o presenti, il secondo a possibili futuri eventi [sulla diversità dei due istituti si veda inoltre Seah W., *Mispredictions, Mistakes and the law of Unjust Enrichment*, 15 *Restitution Law Review*, 93 (2007)].

(46) Par. 122. Più in dettaglio: "The gravity of mistake must be assessed by a close examination of the facts (...) including the circumstances of the mistake and its consequences for the person who made the vitiated disposition" (par. 126).

(47) In questo caso infatti "the court might think it right to refuse relief (...) on the grounds of public policy" (par. 136).

(48) Il giudice Walker (con cui gli altri giudici concordano) scrive al par. 5: "I agree with Lloyd's main conclusions as to the scope of the *Hastings-Bass rule*, and the outcome of the appeals on that issue".

(49) A difesa della posizione inglese che considera determinante la distinzione tra effetti e conseguenze dell'operazione ai fini dell'operatività della *law of mistake* v. P. Millet, *Second thoughts on Gibbon v Mitchell*, 19 *Trusts & Trustees*, 2, 124, a p. 124 s (2013). Contro questa prospettiva è favorevole invece al diverso atteggiamento della giurisprudenza jerseyana v. Mackereth E., *A response to Lord Millet's defence of his Gibbon v Mitchell effect/consequences test for mistake*, 19 *Trust & Trustees*, 2, 130 (2013). Per ulteriori approfondimenti sui diversi sviluppi dell'errore in Inghilterra e Jersey v. inoltre Weaver E., *Putting it right (1): remedying problems in trusts and trust documents*, 19 *Trusts & Trustees*, 1, 31, a p. 32 ss (2013).

(50) Per la giurisprudenza della *Royal Court* di Jersey antecedente ai casi *Pitt v Holt* e *Futter v Futter* decisi in appello v. *In the Matter of the A Trust* [2009] JLR 447. Per quella successiva *Re the S Trust* [2011] JRC 117 [su cui Hayton D., *Setting gifts aside for mistake*, 17 *Trusts & Trustees*, 10, 937 (2011); MacRae R. – Saunders A., *The law of mistake in Jersey: the Royal Court declines to follow Pitt v Holt*, 17 *Trusts & Trustees*, 10, 952 (2011)]; *CC Limited and Apex Trust Limited* [2012] JRC 071; *In the Matter of the B Life Interest Settlement* [2012] JRC 229.

Court di Jersey, dopo aver analizzato i due principali casi inglesi in tema di invalidità determinata da errore, ossia *Ogilvie v Allen* e *Gibbon v Mitchell*, aveva infatti sancito l'applicazione disgiuntiva delle regole in essi contenute e optato per il criterio individuato nella prima sentenza che si limita a richiedere ai fini della rilevanza dell'errore la mera gravità dello stesso(51).

In definitiva, la sentenza in esame ha limitato la portata applicativa della regola *Hastings-Bass* e ha invece ampliato quella dell'errore nel caso di atti del

trustee da cui derivano conseguenze (incluse quelle fiscali), oltre che effetti, non voluti.

.....
Nota:

(51) Il test richiesto dalla *Royal Court* è il seguente:

(i) "Was there a mistake on the part of the trustee?"

(ii) Would the trustee not have made the appointment "**but for**" the mistake?

(iii) Was the mistake of so serious a character as to render it unjust on the part of the donee to retain the property or interest appointed?"

Esso ricalca quello già elaborato per l'errore del donatore sintetizzato nella sentenza *Re The Lochmore Trust* [2010] JRC 068.

La protezione del patrimonio del figlio minore è assicurata da un trust

di **MariaGrazia Monegat**

Il Giudice Tutelare di Milano ha autorizzato la madre esercente la potestà genitoriale ad istituire un trust affidando la gestione dell'eredità paterna pervenuta al figlio a due accreditate società trustee: al compimento del diciottesimo anno di età, ovvero al compimento del ventiseiesimo, il giovane potrà decidere se mantenere lo strumento protettivo oppure se porvi termine.

■ La responsabilità genitoriale per il mantenimento dei figli e la gestione del patrimonio degli stessi

Il dovere di mantenere i figli non cessa automaticamente con il raggiungimento della maggiore età, ma ha una durata mutevole, senza rigida predeterminazione di tempo, soggetta alle circostanze del singolo caso. Tale obbligo è sancito innanzi tutto dall'art. 30 della Costituzione e dall'art. 147 cod. civ. e di recente è stato espressamente confermato con l'introduzione dell'art. 155 *quinques* cod. civ., nell'ambito della disciplina concernente la tutela della prole in caso di crisi familiare. Anche in tali situazioni patologiche, infatti, al figlio maggiorenne non economicamente autosufficiente deve essere garantito a pieno il soddisfacimento dei doveri genitoriali(1). Un figlio maggiorenne, ma non ancora autonomo economicamente, ha dunque il diritto di continuare ad essere mantenuto dai genitori sino al termine del percorso di studi cui è stato avviato e sino a quando non sarà in grado di adeguatamente provvedere a se stesso con l'attività lavorativa a cui tali studi l'hanno indirizzato(2).

Il minore non può però essere considerato solo come figlio di famiglia, ossia come soggetto che esaurisce tutta la sua esperienza umana nell'ambito familiare ove realizza la sua autonomia e il suo sviluppo: egli è anche parte integrante della società, ha una rete di relazioni sociali che possono strutturare la sua personalità individuale e sociale, ha diritti e doveri non solo nei confronti della sua famiglia ma anche

nei confronti della società tutta; ha una sua, sia pur limitata e sorretta, autonomia che progressivamente deve essere sviluppata; è non solo un soggetto familiare ma anche un soggetto politico, economico, sociale. In quanto tale, il minore può ovviamente avere propri beni e un proprio patrimonio. Tuttavia, l'incapacità di agire gli impedisce di amministrare direttamente tali beni fino al raggiungimento della maggiore età(3). Così, mentre nell'ambito dei diritti della personalità del minore l'ordinamento prevede un'ampia capacità anticipata, nel campo patrimoniale la potestà genitoriale e la conseguente rappresentanza legale del minore è assoluta(4).

MariaGrazia Monegat - Avvocato in Milano.

Note:

(1) Cass.civ. 8 febbraio 2012, n. 1773, in Giust. civ. Mass., 3, 245; Cass. civ. 26 gennaio 2011, n. 1830, in Dir. Famiglia 2011, 2, 760.

(2) Da ultimo, Cass. civ. 9 maggio 2013, n. 11020, in Diritto & Giustizia, 9 maggio, ha affermato che: "L'obbligo dei genitori di concorrere tra loro al mantenimento dei figli secondo le regole dell'art. 148 c.c. non cessa, 'ipso facto', con il raggiungimento della maggiore età da parte di questi ultimi, ma perdura, immutato, finché il genitore interessato alla declaratoria della cessazione dell'obbligo stesso non dia la prova che il figlio ha raggiunto l'indipendenza economica, ovvero che il mancato svolgimento di un'attività economica dipende da un atteggiamento di inerzia ovvero di rifiuto ingiustificato dello stesso, il cui accertamento non può che ispirarsi a criteri di relatività, in quanto necessariamente ancorato alle aspirazioni, al percorso scolastico, universitario e post-universitario del soggetto ed alla situazione attuale del mercato del lavoro, con specifico riguardo al settore nel quale il soggetto abbia indirizzato la propria formazione e la propria specializzazione" (nella specie, la Corte ha confermato la decisione dei giudici del merito, secondo cui il figlio del ricorrente non aveva ancora raggiunto una propria completa autosufficienza economica, senza che ciò potesse ascrivere a colpa dello stesso; il giovane, infatti, si era laureato in medicina, aveva frequentato un periodo di sei mesi di tirocinio all'estero, aveva svolto per soli tre mesi, attività presso cliniche private percependo la somma di euro 7,00 ad ora e doveva ancora frequentare la scuola di specializzazione).

(3) Salva l'ipotesi, oramai del tutto marginale, prevista dall'art. 390 cod. civ. di un'emancipazione per matrimonio al compimento dei sedici anni.

(4) L'incapacità di agire del minore, non implica, però, un'assoluta preclusione per lo stesso di compiere atti giuridici: gli atti, anche patrimoniali, posti in essere dal minore sono produttivi di effetti giuridici. Infatti, l'annullabilità dei contratti conclusi da un incapace ex art. 1425 cod. civ. non riduce la loro efficacia, ma si limita a renderla precaria per un certo tempo. Essa, dunque, non incide sulla idoneità dell'atto a produrre i suoi effetti, ma è soltanto una difesa che potrà essere attivata qualora siano stati seriamente danneggiati gli interessi dell'incapace.

Di conseguenza, accanto al dovere di mantenimento, vi è in capo ai genitori quello di perseguire l'interesse del figlio minore anche nella gestione del patrimonio di proprietà del medesimo pervenutogli a qualsiasi titolo. Per gestione dei beni dei minori non si intende solo la mera amministrazione dei beni di proprietà del minore, ma anche l'acquisto o la vendita degli stessi, atti che il figlio, in quanto minore di età, non è legittimato a compiere, sicché è attribuita ai genitori la rappresentanza e la legittimazione a porli in essere⁽⁵⁾. La disciplina prevista si articola su due principi: 1) il principio secondo il quale gli atti (di ordinaria e straordinaria amministrazione) sono compiuti dai genitori "in rappresentanza" del figlio e non dal figlio direttamente, 2) gli atti di gestione dei beni del figlio possono essere compiuti da uno solo dei genitori (se di ordinaria amministrazione) o devono essere compiuti da entrambi i genitori se si tratta di straordinaria amministrazione. La maggior età fa acquisire la piena capacità di agire e dunque non pone alcun ostacolo alla piena disponibilità delle risorse finanziarie da parte del soggetto che ne è titolare, così il figlio non appena maggiorenne è libero di disporre del proprio patrimonio senza che il genitore possa interferire nella gestione e nelle scelte. Ma il nostro sistema scolastico, le abitudini di vita e il costume italico dimostrano all'evidenza che il compimento dei 18 anni di per sé, in generale, non corrisponde ad una acquisita autonomia personale né ad un livello di maturazione e consapevolezza del proprio agire, né ad una concreta capacità di autodeterminarsi da parte del figlio. La responsabilità genitoriale pur venendo meno nel mondo giuridico con il raggiungimento della maggior età del figlio permane nella vita reale e si protrae sino a quando il figlio non avrà in concreto raggiunto quel livello di autonomia, consapevolezza e maturità che lo renderanno capace di decidere da solo. Molti, per altro, sono gli indici che evidenziano il permanere oltre il raggiungimento della maggiore età di una mancanza di autonomia economica, basti pensare alla detrazione fiscale di cui possono fruire i genitori per i figli a carico senza limiti di età anche se non conviventi⁽⁶⁾.

Con il passaggio alla maggiore età il figlio è giuridicamente capace, tuttavia i genitori devono ancora farsene carico anche attuando misure di protezione del suo patrimonio, quanto meno sino al momento in cui si reputa sarà raggiunta in concreto la capacità di amministrarlo e gestirlo in modo adeguato.

■ Il caso

In questo contesto si inserisce la vicenda in esame⁽⁷⁾. Una madre, vedova da oltre quindici anni, ha avuto cura di gestire dalla scomparsa del marito, nella propria qualità di genitore esercente la potestà, il patrimonio ereditato dal figlio. Nel corso degli anni è stata autorizzata alla gestione del portafoglio azionario ed obbligazionario di spettanza del minore attraverso le banche. Approssimandosi il giorno del diciottesimo compleanno del figlio la madre si preoccupa di continuare a garantire al figlio una corretta gestione dell'eredità paterna al fine di mantenerne per quanto possibile la consistenza, così da poter essere utilizzata dal figlio, al termine degli studi, per intraprendere una professione o per dar vita ad una attività di lavoro autonomo. La finalità che la madre intende perseguire è quella di assicurare una adeguata redditività del patrimonio del figlio che possa, da un lato, garantirgli il tenore di vita mantenuto sino al momento e, dall'altro, consentirgli un'educazione confacente alle proprie attitudini e alle capacità. La gestione del consistente patrimonio, sino a quel momento affidata alla madre, ma garantita nella sua destinazione e finalità dal controllo del Giudice Tutelare, con la maggiore età del figlio sarà rimessa alla sua piena autonomia, senza possibilità per alcuno di imporre scelte o anche solo di fornire indirizzi e consigli. La madre non intende interferire con le scelte del figlio, ma al contempo desidera proteggere le risorse finanziarie affinché siano oculatamente gestite per la finalità cui sono destinate - soddisfacimento delle esigenze di vita del figlio sino al raggiungimento della sua autonomia economica - che non si esaurisce con il raggiungimento del diciottesimo anno di età.

Ritiene la madre che un trust consenta di perseguire le finalità volute in quanto l'affidamento a sog-

Note:

(5) La disposizione, rubricata con il titolo di "Rappresentanza e amministrazione" dispone che "I genitori congiuntamente, o quello di essi che esercita in via esclusiva la potestà, rappresentano i figli nati e nati in tutti gli atti civili e ne amministrano i beni. Gli atti di ordinaria amministrazione, esclusi i contratti con i quali si concedono o si acquistano diritti personali di godimento, possono essere compiuti disgiuntamente da ciascun genitore".

(6) Attualmente la detrazione è consentita se il figlio ha un reddito inferiore a € 2.840,51 al lordo degli oneri deducibili e può essere operata in misura variabile da ciascun genitore a seconda del reddito del medesimo, dell'età e del numero di figli.

(7) Il provvedimento del Giudice Tutelare del Tribunale di Milano del 6 marzo 2013 è pubblicata *infra*, 536.

getti forniti di competenze adeguate alla complessità del patrimonio, la esenta dal dedicarsi alla cura degli interessi patrimoniali e fa assumere al trustee ogni responsabilità conseguente alla gestione. Ella perciò formula istanza al Giudice Tutelare affinché la autorizzi alla istituzione di un trust nel cui fondo far confluire i beni del figlio sino a quel momento oggetto di gestione patrimoniale affidata alle banche. Ritiene, infatti, la madre che un trust risponda all'interesse del figlio, il quale ben difficilmente al raggiungimento della maggiore età saprebbe gestire un patrimonio di così vasta entità e potrebbe essere indotto, direttamente o indirettamente, a sperperarlo, ovvero anche solo ad utilizzarlo per scopi diversi dalla propria crescita scolastica/universitaria e dalla propria realizzazione personale e professionale.

Il Giudice Tutelare ha autorizzato la madre, in qualità di genitore esercente la potestà sul figlio minore, a sottoscrivere l'atto istitutivo di trust ritenendo che tale soluzione sia di fatto vantaggiosa per il minore, anche in considerazione della possibilità data al minore stesso di porre fine al vincolo quando, divenuto maggiorenne, si sentirà in grado di gestire autonomamente il patrimonio(8).

■ Le caratteristiche del trust

Il trust che la madre ha sottoposto al vaglio del Giudice Tutelare milanese presenta alcune peculiarità rispetto ai trust interni(9): è la traduzione di un atto originariamente in lingua inglese, la cui struttura è molto diversa da quelli che viene adottata nella prassi professionale italiana.

Si tratta, infatti, non già di un atto unilaterale in cui il disponente delinea il programma, enuncia l'interesse meritevole di tutela, espone la finalità, designa il trustee, determina la durata ed i beneficiari e attribuisce al trustee il fondo in trust, bensì di una *Declaration of trust*: sono infatti i trustee, due trust companies, che dichiarano di detenere nell'interesse del figlio minore, beneficiario primario, il fondo in trust. Il fondo in trust è costituito dall'insieme dei beni pervenuti al figlio dall'eredità paterna, titoli azionari e obbligazionari. La durata è prevista in 125 anni, ma i trustee hanno il potere di modificare il periodo di durata del trust, in qualsiasi momento e rispetto a tutto o a parte del fondo in trust. Tale potere, tuttavia, sino a quando il beneficiario è minore di età, potrà essere esercitato solo previo consenso scritto del Giudice Tutelare. Successivamente sarà lo

stesso beneficiario che potrà chiedere di porre termine al trust o di ottenere un'anticipazione del fondo. I trustee potranno dar corso a tale richiesta se e in quanto riterranno che ciò sia conforme al miglior interesse del beneficiario primario. Se il beneficiario primario o i suoi discendenti non avessero esercitato la facoltà di anticipare il termine finale di durata del trust, i trustee potranno liquidare il fondo in trust al raggiungimento del ventiseiesimo anno di età del beneficiario primario.

In sostanza, il figlio (beneficiario primario) gode dell'espressa facoltà di pretendere "la liquidazione del trust" alle scadenze individuate nel compimento dei 18 e dei 26 anni, ma "lo svincolo del capitale o delle rendite costituite in trust" potrà comunque avvenire previo consenso scritto dei "protector" individuati nella Madre e in un altro individuo, entrambi "persone vicino al minore che si sono da sempre prodigate per il suo bene".

La legge applicabile al trust in questione è quella dell'Inghilterra e la competenza giurisdizionale è rimessa ai tribunali dell'Inghilterra.

■ Alcune considerazioni

Il Giudice Tutelare meneghino ha dunque autorizzato la madre, in qualità di genitore esercente la potestà sul figlio minore, a trasferire ai trustee i beni mobili - il portafoglio titoli - di proprietà del figlio minore ed a "sottoscrivere l'atto istitutivo di trust nei termini di cui all'istanza"(10).

Note:

(8) In altre occasioni il Giudice Tutelare ha autorizzato l'istituzione di trust nell'interesse di un minore: Trib. Perugia, Giudice Tutelare, 16 aprile 2002, in questa Rivista, 2002, 584; Trib. Bologna Giudice Tutelare, 3 dicembre 2003, ivi 2004, 254; Trib. Firenze, Giudice Tutelare, 8 aprile 2004, ivi 2004, 567; Trib. Grosseto, sez. dist. Orbetello, Giudice Tutelare, 15 luglio 2008, in Notariato, 2009, 40; Tribunale di Modena, sez. dist. Sassuolo, Giudice Tutelare, 11 dicembre 2008 in questa Rivista, 2009, 177. In tali ipotesi si è trattato per lo più di autorizzazioni concesse all'esercente la potestà sul minore - genitori o tutore - di segregare in trust beni propri del minore: disponente è dunque lo stesso figlio minore, rappresentato dal genitore o dal tutore.

(9) Per tali intendendosi, come è noto, quei trust i cui elementi soggettivi e oggettivi siano legati ad un ordinamento che non qualifica lo specifico rapporto come trust (nel senso accolto dalla Convenzione de L'Aja), mentre esso è regolato da una legge straniera che gli attribuisce quella qualificazione: trust istituiti in Italia da cittadini residenti in Italia, su beni collocati entro i confini nazionali, a favore di soggetti beneficiari residenti, nei quali il trustee sia pure residente in Italia svolta la gestione e l'amministrazione dei beni del fondo in trust secondo regole di una legge straniera che conosce e disciplina il trust.

(10) Atto che al momento in cui viene redatto il presente commento non risulta ancora essere stato stipulato.

La motivazione posta alla base dell'autorizzazione si sostanzia in due considerazioni:

1) l'istituzione di un trust sul patrimonio del minore è vantaggiosa per il minore stesso che, una volta raggiunta la maggiore età potrà decidere se sciogliere ovvero se mantenere il vincolo, facoltà che potrà essere esercitata, successivamente, al compimento del ventiseiesimo anno di età;

2) il trust è idoneo a garantire la corretta amministrazione dell'ingente eredità mobiliare da parte di due accreditate società (trustee) anche nel tempo in cui il beneficiario, ormai pienamente capace di agire perché divenuto maggiorenne, non si senta ancora pronto, per la giovane età, a gestire in piena serenità un così cospicuo patrimonio, consentendo così un'adeguata protezione del giovane e dei suoi beni.

Sembra dunque che la causa della segregazione sia da rinvenirsi nella volontà di "segregare al fine di proteggere" il patrimonio del minore in favore dello stesso: disponente è infatti il figlio, ancorché rappresentato legalmente dalla madre, beneficiario è lo stesso figlio. Siamo perciò di fronte ad un'ipotesi di auto-destinazione(11).

E sembra altresì che il giudice Tutelare abbia autorizzato l'istituzione del trust considerando tale strumento come una "vantaggiosa" soluzione per "la corretta amministrazione dell'ingente eredità immobiliare", quanto meno sino al raggiungimento del diciottesimo anno di età, momento in cui il minore, divenuto maggiorenne, potrà "sciogliere" il vincolo ovvero procrastinarlo per altri otto anni, sino al ventiseiesimo compleanno.

Viene allora spontaneo domandarsi quale sia la causa giuridica che regge l'istituzione di questo trust e, ancor più, quale sia l'interesse perseguito.

Infatti, se il vincolo può essere "sciolto" dal disponente/beneficiario al compimento del 18° anno di età, non è dato di comprendere la ragione per cui la madre sia stata autorizzata. Un mandato a gestire conferito ad un soggetto professionale avrebbe potuto perseguire le stesse finalità: esentare la madre da responsabilità gestorie poste a carico del mandatario professionale. Il *quid pluris* del trust rispetto al mandato è infatti il programma gestorio che nel caso di specie non si rinviene, posto che l'esercizio dei poteri da parte dei trustee di destinare o utilizzare ogni capitale o reddito sino a quando il beneficiario è minore sono comunque soggetti all'autorizzazione del Giudice Tutelare. Inoltre, raggiunta la maggior età il beneficiario può scegliere di mantenere il vincolo per

altri otto anni, ma a tal punto proprio perché maggiorenne risponde delle obbligazioni assunte ex art. 2740 cod. civ. ed i creditori potranno agire in surrogatoria per poter aggredire immediatamente i beni in trust.

Sembra dunque di essere in presenza di un trust finalizzato alla mera segregazione del patrimonio del disponente a vantaggio del medesimo (beneficiario primario), situazione che di per sé non determina invalidità o irriconoscibilità di un trust, ma pone certo un problema: la segregazione patrimoniale è una ragione di per sé sufficiente a giustificare l'istituzione di un trust? Se così fosse in ogni situazione in cui vi è un patrimonio appartenente ad un soggetto incapace (minore di età o persona priva in tutto o in parte di autonomia) il rappresentante (genitore esercente la potestà, tutore, amministratore di sostegno o curatore) dovrebbe sempre istituire un trust per essere esentato da responsabilità inerenti la gestione del patrimonio del minore(12).

Il trust in questione genera poi altri dubbi: se la segregazione realizzata è efficace e dunque opponibile ai creditori del figlio, costui, divenuto maggiorenne, avrebbe un indubbio vantaggio a mantenere il vincolo per gli ulteriori otto anni e in quel lasso di tempo rendersi inadempiente alle obbligazioni contrattuali ostacolando le pretese creditorie. I creditori personali del beneficiario, infatti, si vedrebbero opporre dal trustee la segregazione e la indisponibilità della posizione beneficiaria, trattandosi di trust discrezionale. Per tutelare le proprie ragioni costoro sarebbero così costretti ad agire in via cautelare chiedendo ed ottenendo il sequestro dei beni del fondo in trust che, al termine di durata, vengono di diritto attribuiti al figlio. I creditori potrebbero anche procedere con un pignoramento presso terzi (il Trustee) aggredendo il credito futuro del beneficiario(13).

Note:

(11) Tema affrontato dalla dottrina in commento all'art. 2645ter cod. civ. oggetto di considerazioni, a cui si rinvia, espone nel saggio di L.F. Riso e D. Puglisi "Trust istituito da un minore nel suo esclusivo interesse", in questa Rivista 2009, 373 e, in particolare alle note da (9) a (17).

(12) Vi è chi ritiene, ancorché in forma dubitativa, che l'interesse finalizzato alla protezione di un incapace sia sempre meritevole di tutela e giustifichi l'istituzione di un trust: S. Bartoli - D. Muritano, *Le clausole utilizzate nei trust interni*, Torino, 2008, p. 138.

(13) Sulla pignorabilità dei crediti futuri dottrina e giurisprudenza hanno posizioni sostanzialmente univoche (Cass. Civ., 10.9.2009, n. 19501; 21.12.2005, n. 28300; 14.10.2005, n. 19967; 31.8.8.2005, n. 17590; (segue)

Viene allora da chiedersi se, nonostante l'ormai pacifica considerazione che il principio della garanzia patrimoniale sia stato fortemente eroso nel suo ambito precettivo dall'art. 2645^{ter} cod. civ. non si sia in presenza nel caso di specie di un negozio del tutto privo di causa e di meritevolezza.

Poiché dal decreto del Giudice Tutelare non si rinvenivano ulteriori elementi dai quali evincere la diversa ed ulteriore finalità del trust autorizzato, ciò che sembra essersi voluto realizzare è un trust privo di una prospettiva funzionale, tanto da far dubitare del-

l'esistenza di una ragione concreta e dunque di una causa che ne giustifica l'istituzione.

Nota:

(continua nota 13)

15.3.2004, n. 5235) posto che l'esigibilità del credito non è condizione della sua pignorabilità, poiché oggetto dell'espropriazione forzata non è tanto un bene suscettibile di esecuzione immediata, quanto una posizione giuridica attiva dell'esecutato. Di conseguenza l'espropriazione presso terzi, in difetto di espressa deroga, si può configurare anche con riguardo a crediti illiquidi o condizionati ma suscettibili di una capacità soddisfacibile futura, concretamente prospettabile nel momento della assegnazione.

Riflessioni sulla trasformazione di una società di capitali in trust

di **Giambattista Coltraro**

Il superamento della tipicità delle fattispecie di trasformazione ed il principio di continuità come criterio per determinare le ipotesi di trasformazione ammissibili. Le analogie con la trasformazione da società in comunione d'azienda e l'inquadramento della trasformazione da società in trust all'interno delle fattispecie trasformative.

■ Impostazione della problematica

Sta sempre più emergendo dalla prassi l'interesse a trasformare una società in trust(1).

La crisi economica, invero, che ha profondamente inciso sul settore immobiliare, ha comportato che enti societari, che hanno visto ridotto o, addirittura, quasi azzerato il loro fatturato, dovuto al blocco delle vendite di cespiti immobiliari, anche a causa delle problematiche legate al sistema creditizio, hanno avuto l'esigenza di trasformarsi in trust(2).

Ciò essenzialmente è avvenuto perché le società, non riuscendo a vendere gli immobili rimasti in banca a prezzi di mercato, essendo troppo costoso sia lo scioglimento, sia liquidazione della società con attribuzione dei beni ai soci, sia il mantenimento dello stato di liquidazione per svariati anni [in attesa dell'alienazione di tutte le attività e l'estinzione delle relative passività] hanno richiesto agli operatori del diritto di individuare talune soluzioni per ridurre i costi della detta operazione, salvaguardando gli interessi dei soci, dei creditori sociali [senza violare i diritti indisponibili alla base della normativa societaria].

La scelta è ricaduta sulla trasformazione della società in un trust irrevocabile per i beneficiari, con l'unico scopo di vendere gli immobili sociali ai prezzi maggiormente concorrenziali, pagare i creditori sociali con il ricavato delle alienazioni; attribuire agli ex soci il residuo attivo della liquidazione in proporzione alle quote di partecipazione possedute in società(3).

Negli atti istitutivi del trust, con scopo essenzialmente liquidatorio, venivano individuati quali primi

beneficiari i creditori sociali e quali beneficiari secondari gli ex soci. L'effetto principale della trasformazione è per l'appunto quello di continuare la liquidazione del patrimonio dell'ente attraverso la struttura di un trust, con l'effetto di procedere alla cancellazione della società dal registro delle imprese, eliminando per i soci i relativi costi(4).

Sotto gli aspetti squisitamente formali, la trasformazione viene deliberata in sede di assemblea straordinaria, con le maggioranze previste per legge, e al relativo verbale viene allegato il regolamento del trust.

La finalità liquidatoria è soltanto una delle tante ragioni che possono portare i soci a non ritenere più adeguata ai loro interessi la struttura della società di capitali, propendendo per l'adozione di una forma giuridica più snella, quale potrebbe essere il trust(5).

.....
Giambattista Coltraro - Professore a contratto dell'Università di Messina - Notaio in Augusta.

Note:

(1) Sul punto cfr B. Franceschini, in *Trasformazione di s.r.l. in trust: dalla teoria alla pratica. Analisi di due esperienze professionali*, in AA.VV. Quaderni. Trusts e attività fiduciarie, 2011, 237 ss.

(2) Analizza compiutamente la prassi della trasformazione di società in trust, trattando anche alcuni casi pratici, B. Franceschini, [supra, nota 1], 240.

(3) B. Franceschini, [supra, nota 1], 240.

(4) In tema di trust liquidatori cfr. A. Busani C. Fanara G.O. Mannella, in *Trust e crisi d'impresa, Risanamento e liquidazione delle imprese mediante i negozi di destinazione patrimoniale*, 2013, Milano, *passim*.; S. Bartoli, *Il trust*, Milano, 2001, 310 ss.; D. Muritano, *Note sul trust istituito da imprese in crisi (in funzione liquidatoria)*, in Studio n. 161 \ 2011 del Consiglio Nazionale del Notariato, in www.Notariato.it; C. D'arrigo, *L'impiego del trust nella gestione negoziale della crisi d'impresa*, in *La crisi d'impresa - questioni controverse nel nuovo diritto fallimentare*, a cura di Di Marzio; Padova, 454; F. Fimmannò, *Trust e diritto delle imprese in crisi*, in *Riv. not.*, 2010, 511 ss; C. Cavallini, *Trust e procedure concorsuali*, in *Riv. soc.*, 2011, 1093.

(5) In generale sull'istituto del trust cfr. M. Lupoi, *Istituzioni del diritto del trust e degli affidamenti fiduciari*, Padova 2008, *passim*; id, *Il contratto di affidamento fiduciario*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2012, 589 ss.; A. Luminoso, *Contratto fiduciario, trust, e atti di destinazione ex art. 2645 ter cc.*, in *Riv. Not.*, 2008, 5, 993 ss.; M. Bianca, *Trustee e figure affini nel diritto italiano*, in *Riv. not.*, 2009, 557 ss.; S. Bartoli, *Il trust*, Milano, 2001, *passim*; L. Contaldi, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, 2001, *passim*; G. Palermo, *Sulla riconducibilità del trust interno alle categorie civilistiche*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, 133 ss.

La presente indagine, postulata la presenza di interessi meritevoli di tutela alla base dell'operazione divisata, è diretta a verificare se la trasformazione di una società di capitali in trust sia conforme ai principi operanti nel nostro ordinamento in tema di trasformazioni(6). E la disamina passa, *in primis*, dall'individuazione dell'esatta natura giuridica dell'operazione *de qua*(7); e in secondo luogo dalla risoluzione della problematica concernente i limiti della trasformazione e in special modo sul superamento del principio di tassatività delle ipotesi di trasformazione previste dall'art. 2500 *septies e octies*, *id est* che le ipotesi di trasformazione eterogenea previste dalla detta norma non siano le uniche percorribili dall'autonomia privata, essendo, per contro, ammesse fattispecie di trasformazione eterogenee non espressamente previste dal legislatore.

■ Il principio di continuità quale strumento per verificare l'ammissibilità delle trasformazioni atipiche

Certamente, lo sconvolgimento dell'assetto normativo previgente alla riforma del diritto societario, così come si ricava dai suoi lavori preparatori, è stato finalizzato ad un ampliamento della sfera di operatività dell'istituto della trasformazione, essendo state inserite nel disposto codicistico tutta una serie di fattispecie in precedenza non contemplate(8).

Il *favor transformationis* espresso dal legislatore della riforma ha una indubbia rilevanza sistematica, in quanto l'istituto *de quo* cessa di essere uno strumento di evoluzione organizzativa di enti di tipo societario e diventa, per contro, un'operazione che l'autonomia privata può utilizzare altresì per attuare il passaggio a strutture con scopo istituzionale *diverso*(9).

All'interno di questo quadro di atipicità si colloca la trasformazione della società in trust, la quale rappresenta senz'altro, per quanto sopra si è illustrato, un'operazione in astratto meritevole di tutela, potendo essere destinata ora alla valorizzazione dei beni sociali, ora ad una liquidazione più efficiente e con minori costi.

Questo tipo di trasformazione si caratterizza anche per il fatto che da una persona giuridica, con soggettività piena, si passa ad una struttura qual è il trust, priva di soggettività, costituendo lo stesso un patrimonio separato con l'effetto di segregare i beni all'interno di un patrimonio di un determinato sogget-

to, il *trustee*, per il raggiungimento di uno specifico scopo e per il soddisfacimento di determinati beneficiari(10).

La trasformazione creando una continuità di rapporti tra l'ente societario e il trust, permette con minori costi e con maggiore efficacia di realizzare gli interessi dei sodali, in quanto *uno actu*, si estingue la società e nasce il trust.

Quel che appare certo è che il nuovo assetto normativo agevola la possibilità di trasformare una società in trust, considerato che si è cambiato radicalmente il modo di approcciare all'istituto della trasformazione, di modo che non sembra che le conclusioni cui giungeva la dottrina e la giurisprudenza prima della riforma e in presenza di poche norme che disciplinavano la materia de qua siano adesso utilizzabili.

L'atipicità delle fattispecie di trasformazione, però, come è stato sottolineato, aveva sicuramente una sua ragion d'essere in quadro normativo alquanto la-

Note:

(6) Per un inquadramento sistematico dell'operazione di trasformazione dopo la riforma, in luogo di molti, vedi G. Marasà, *Le trasformazioni eterogenee, La riforma di società, cooperative, associazioni e fondazioni*, Padova, 2005, 77 ss.; Id., *Spunti sulla nuova disciplina di trasformazioni e fusioni*, Temi del nuovo diritto societario, a cura di Palmieri, Napoli, 2005, 215; M. Pinardi, *La trasformazione*, Milano, 2005, *passim*; M. Maltoni, *I limiti all'autonomia privata nelle trasformazioni eterogenee*, in Riv. not., 2004, I, 1394 ss.; F. Galgano, *Il nuovo diritto societario*, in Trattato Galgano, XXIX, Padova, 2003, 526 ss.; R. Rosapepe, *Consorzi, società consortili e trasformazioni eterogenee*, in Riv. dir. comm., 2004, I, 718 ss.; G. Palmieri, *Autonomia e tipicità nella nuova trasformazione*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber Amicorum Gian Franco Cambasso, 2007, 110 ss.; A. Cetra, *Le trasformazioni omogenee ed eterogenee*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber Amicorum Gian Franco Cambasso, 2007, 133 ss.; P. Spada, *Dalla trasformazione delle società alle trasformazioni degli enti ed oltre*, in *Scritti in onore di Buonocore*, III, Diritto Commerciale. Società, 3, Milano, 2005, 3893 ss.; L. De Angelis, *La trasformazione nella riforma del diritto societario*, in *Società*, 2003, 384 ss.; G. Ferri Jr., *Le trasformazioni omogenee*, in *Studi sulla riforma del diritto societario*, a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, Milano, 2004, 525 ss.; O. Cagnasso, *Il nuovo diritto societario*. Commentario Cottino-Bonfante-Cagnasso-Montalenti, III, Bologna, 2004, 2223 ss.

(7) Ed in merito al diverso angolo di visuale con cui deve essere studiato l'istituto della trasformazione dopo la riforma cfr. per tutti P. Spada, [*supra*, nota 6], 3893.

(8) Si può invero rilevare che la legge delega alla riforma del diritto societario n. 366\01 faceva espresso riferimento alla necessità di regolare le trasformazioni eterogenee; evento che si è pienamente realizzato con la riforma, in quanto il legislatore ha sfruttato in pieno la delega sul punto. Ciò viene considerato un chiaro elemento a favore del principio di atipicità delle trasformazioni.

(9) Cfr. sul punto, per tutti, A. Cetra, [*supra*, nota 6], 141 ss.

(10) A. Luminoso, *Contratto fiduciario, trust, e atti di destinazione ex art. 2645 ter cc.*, in Riv. Not., 2008, 5, 993 ss. M. Bianca, *Trustee e figure affini nel diritto italiano*, in Riv. not., 2009, 557 ss.

cunoso. La presenza di un assetto normativo articolato spinge una parte della dottrina verso il c.d. principio di tipicità delle fattispecie trasformative, *id est* il legislatore individuando in maniera analitica i casi ammessi, ha voluto escludere a priori la possibilità di trasformazioni non espressamente previste(11).

A contrario si sostiene altresì che quanto regolato dagli artt. 2500 *septies e octies* non vuole significare un assetto di fattispecie individuate cui il legislatore ha voluto estendere gli effetti della trasformazione, uno per tutti il principio di continuità; bensì si è voluta accogliere un'impostazione secondo la quale il procedimento di cui agli artt. 2498 ss c.c. è usufruibile ogni volta che voglia modificare in toto la struttura organizzativa dell'ente, a prescindere dalla sua struttura originaria e dalla struttura di arrivo, a trasformazione avvenuta(12).

Il principio di libera trasformabilità si fonda su argomentazioni di carattere formale, quale è quello del titolo codicistico, definito "Della trasformazione"; piuttosto che "Della trasformazione di società"; e viene spesso volte utilizzato il termine "ente", anziché quello di società. Ciò farebbe propendere per una più ampia portata dell'istituto(13).

A queste argomentazioni, se ne aggiungono altre con rilevanza sostanziale, tra cui quella che maggiormente acquista rilevanza è fondata sul dinamismo economico alla base della disciplina *de qua* e sull'evoluzione organizzativa dell'impresa; quest'ultimo potrebbe rappresentare un criterio utilizzabile per estendere gli effetti di cui agli artt. 2498 ss cc. ai casi di trasformazione non espressamente contemplati(14).

Il mantenimento dell'apparato produttivo, e dunque, secondo tale visuale, il passaggio dalla tutela della struttura societaria a quello della struttura aziendale, al fine di realizzare gli interessi dell'economia nell'attività d'impresa, rafforzando il vincolo di destinazione sui beni destinati all'attività, anche a mezzo dell'istituto della trasformazione, non pare sia un elemento dirompente al punto che possa superare la teorica del *numerus clausus* delle ipotesi di trasformazione previste dagli artt. 2498 ss cc.(15).

Per contro l'evoluzione organizzativa nella trasformazione da società in fondazione o associazione potrebbe rinvenire il proprio baricentro nel sopra indicato principio di continuità di un'attività economica, e di conseguenza, di tutti i rapporti giuridici, sostanziali e processuali, collegati alla stessa; non certo al mantenimento di un'impresa, che potrebbe so-

pravvivere alla trasformazione, ma che non è detto che venga continuata(16).

Una ricostruzione simile potrebbe essere sviluppata intorno alla trasformazione di società di capitali in comunione d'azienda. Fattispecie questa che prima della riforma indubbiamente si poneva al di fuori delle fattispecie di trasformazione [e veniva considerata vietata o per meglio dire veniva inquadrata nello schema degli eventi con effetti traslativi operanti all'interno del quadro normativo indisponibile rappresentato dal procedimento di liquidazione della società di capitali] senza la tutela di alcun principio di continuità(17).

In altri termini, la ricostruzione sul *numerus clausus* dei tipi di trasformazione fonda essenzialmente il proprio assunto sul fatto che punto di partenza e punto di arrivo dell'operazione è sempre una società di capitali(18), di modo che la previsione di una serie individuata di fattispecie, anche in presenza di una

Note:

(11) G. Palmieri, *[supra]*, nota 6], 108.

(12) Per un'opinione favorevole ad una estensione delle disciplina codicistica della trasformazione ai casi non espressamente contemplati vedi A. Pisani Massamormile, *Trasformazione da e in società di avvocati*, in Riv. dir. comm., 2005; I, 213-214; R. Rosapepe, *[supra]*, nota 6], 737 ss.; O. Cagnasso, *[supra]*, nota 6], 2225; M. Maltoni, *[supra]*, nota 6], 1394; L. De Angelis, *[supra]*, nota 6], 1222; A. Cetra, *[supra]*, nota 6], 139 ss.; A.A. Genovese, *La trasformazione eterogenea*, in *Il nuovo diritto societario a cura di Genovese*, Torino, 2004, 57.

(13) R. Rosapepe, *[supra]*, nota 6], 717.

(14) A. Pisani Massamormile, *[supra]*, nota 12], 213; A. Cetra, *[supra]*, nota 6], 14.

(15) Vedi invece in questo senso A. Cetra, *[supra]*, nota 6], 145, per il quale la trasformazione può "essere impiegata anche per abbandonare o per approdare ad una forma giuridica non espressamente prevista dal dato normativo, quanto meno nei casi in cui il contesto trasformando sia caratterizzato dalla presenza di un'impresa, che può essere continuata nel contesto trasformato"; analogamente vedi A.A. Genovese, *[supra]*, nota 12], 69.

(16) Puntano più sul mantenimento di un'attività economica, anziché sul mantenimento di un'attività d'impresa M. Maltoni - E. Tradii, *La trasformazione eterogenea da società di capitali in comunione d'azienda e viceversa*, in *Notariato*, 2004, 151.

(17) A. Pavone la rosa, in *Comunione d'azienda e società di capitali: ammissibilità di una trasformazione?*, in *Giur. comm.*, 2005, 151 ss., nella trasformazione *de qua* è assente ogni forma di continuità nei rapporti giuridici, ponendosi al di fuori dello schema della trasformazione, dovendosi la stessa inquadrarsi nello schema del conferimento di un complesso aziendale a favore della società. Dello stesso avviso sempre R. Weigmann, *Luci ed ombre del nuovo diritto azionario*, in *Società*, 2003, 272. Per G. Ferri jr., *[supra]*, nota 6], 525 ss., la trasformazione di società in comunione d'azienda dovrebbe essere inquadrata nello schema dell'attribuzione dei beni ai soci cui far seguire lo scioglimento della società.

(18) In questo senso G. Palmieri, *[supra]*, nota 6], 111.

delega senza particolari limitazioni, sottintende una precisa scelta legislativa di escludere le trasformazioni non espressamente previste(19).

Tale assunto però deve essere rivisitato alla luce del nuovo disposto dell'art. 2498 cod. civ., che individua nel principio di continuità, uno strumento, con un'indubbia rilevanza sistematica, che l'autonomia privata può utilizzare per verificare le ipotesi di trasformazioni atipiche che possano trovare accoglimento nel nostro ordinamento.

■ (segue): superamento del principio di tipicità e autonomia delle fattispecie trasformative

L'inesistenza di interessi sostanziali che possano inficiare il principio della libertà delle fattispecie trasformative porta però a superare il detto ragionamento.

La neutralità dell'operazione di trasformazione rispetto agli interessi coinvolti [interni (dei soci) ed esterni (dei creditori)] conforta il detto assunto.

All'interno del micro sistema normativo sulle trasformazioni è stato previsto il diritto di opposizione di cui all'art. 2500 *novies* c.c., che rappresenta un meccanismo di conservazione della garanzia patrimoniale per i creditori della società alternativo a quello della revocatoria(20).

Certamente l'utilizzazione del detto strumento, implica l'esistenza di un sistema di pubblicità idoneo per i creditori a recuperare, in tempi brevi ed utili, le notizie necessarie per promuovere l'opposizione, con termini ridotti rispetto a quelli della revocatoria ordinaria(21).

La specificità dello strumento però, e anche se vogliamo la sua natura eccezionale, non possono comportare l'impossibilità di utilizzarlo per i casi di trasformazione non espressamente previsti dal legislatore, nel momento in cui si aderisce a quell'assunto secondo cui il legislatore per salvaguardare il principio di continuazione dell'attività economica e sulla base del principio di carattere generale di economicità degli atti giuridici, vede ricorrere quell'identità di *ratio* anche in alcune fattispecie di trasformazione non espressamente contemplate dal legislatore(22).

Il rimedio dell'opposizione di cui all'art. 2500 *novies* c.c., pur costituendo un rimedio di natura eccezionale in un ottica sistematica di carattere generale, all'interno del micro sistema normativo delle trasformazioni, principio estensibile anche alle altre opera-

zioni straordinarie in cui è previsto un rimedio analogo (fusioni, scissioni e riduzione reale del capitale), rappresenta uno strumento ordinario(23).

Di modo che superato l'assunto in forza del quale sussiste un interesse alla tipicità delle fattispecie trasformative. Anzi acclarato che non sono presenti interessi contrari all'applicazione della detta disciplina anche a fattispecie di trasformazione non espressamente regolamentate, il rimedio dell'opposizione diviene lo strumento principe per tutelare gli interessi dei terzi nel procedimento di trasformazione.

E in questa logica sembra altresì estensibile alle operazioni di trasformazione eterogenea non espressamente previste dal legislatore il meccanismo della liberazione dei soci illimitatamente responsabili previsto dagli artt. 2500 *quinquies*, secondo cui, eccezionalmente, la liberazione del debitore si produce per effetto del silenzio del creditore(24).

A conforto di quanto sopra sostenuto è possibile rilevare che, dopo la riforma del 2003, che ha ampliato il ventaglio delle fattispecie di trasformazione, prevedendo la possibilità di ristrutturare in maniera rilevante non soltanto l'organizzazione dell'ente che si sottopone al procedimento, bensì anche la sua causa istituzionale(25), pare emergere un principio di fungibilità degli schemi organizzativi, che prescinde dalla causa iniziale per cui si sono formati, che porta a ritenere che non sussista nessuna ragione di carattere formale o sostanziale per limitare l'ambito di

Note:

(19) G. Palmieri, *supra*, nota 6], 110.

(20) Sull'alternatività dello strumento dell'opposizione rispetto alla revocatoria vedi per tutti N. Gasperoni, *Trasformazione e fusione di società*, in Enc. dir., XLIV, Milano, 1992, 1061.

(21) In ogni caso, secondo l'impostazione che pare prevalere, l'opposizione sarebbe circoscritta alle sole ipotesi in cui si riesca concretamente a dimostrare il pregiudizio che la trasformazione può arrecare al creditore istante, vedi per tutti G. Marasà, *supra*, nota 6], 788.

(22) Ricostruiva già in chiave sistematica il diritto di opposizione dei creditori, certamente in un contesto normativo totalmente diverso da quello vigente, dunque le conclusioni cui l'autore giunge solo in parte possono essere applicate alla materia oggetto della presente indagine, P. Cabras, *Le opposizioni dei creditori nel diritto delle società*, Milano, 1978, 152 ss.

(23) Con riguardo all'opposizione riconosciuta ai creditori nella fusione e nella scissione cfr. N. Gasperoni, *supra*, nota 20], 1061; (M. Serra e M. S. Spolidoro, *Fusioni e scissioni di società*, Torino, 1994, 113 ss.

(24) Sul punto, R. Rosapepe, *supra*, nota 6], 727.

(25) Chiaramente sul punto G. Palmieri, *supra*, nota 6], 118.

operatività degli artt. 2500 *septies* e *octies* ss. cc. soltanto alle fattispecie ivi indicate(26).

Preso atto che il detto principio di tipicità non abbia una base giuridica certa in alcuna norma del nostro ordinamento, si apre la concreta possibilità di ritenere meritevole di legittimità la trasformazione di un ente societario in trust(27).

È però necessario per l'interprete individuare un criterio idoneo per selezionare i casi di trasformazione non espressamente previsti(28) ritenuti idonei a far ingresso nel nostro ordinamento.

Ed esclusa, come in precedenza si è chiarito, la possibilità di utilizzare un criterio fondato sulla causa istituzionale dell'ente che avvia il procedimento di trasformazione, prevedendo il nuovo sistema il passaggio a forme giuridiche causalmente differenti; l'unico criterio, che peraltro è evidenziato dallo stesso legislatore, è quello della *continuità dei rapporti giuridici*(29). Tale criterio costituisce la base sostanziale stessa dell'operazione di trasformazione, di modo che, ove non ricorre un fenomeno di successione universale, intesa giustappunto nel senso della continuità di tutti i rapporti giuridici che facevano capo all'ente che avvia la trasformazione, e che devono ritrovarsi, secondo la stessa struttura nell'ente o nella struttura giuridica nascente dalla trasformazione, abbandonandosi ogni effetto di tipo novativo(30), siamo al di fuori della fattispecie di cui all'art. 2498 c.c.

■ Trasformazione di società di capitali in trust: affinità con la trasformazione in comunione d'azienda

A questo punto dell'indagine, sembra utile approfondire le similitudini e le diversità esistenti tra la trasformazione di società in comunione d'azienda, con la fattispecie atipica della trasformazione di società in trust, atteso che in entrambi casi siamo di fronte a due operazioni in cui dalla trasformazione si verifica un'estinzione della società oggetto del procedimento, senza alcuna attività di liquidazione, e senza la nascita di un nuovo soggetto di diritto, atteso che né la comunione d'azienda, né il trust, possono essere qualificati enti dotati di autonomia patrimoniale, come meglio in appresso vedremo.

Anzi nell'ipotesi in cui dalla trasformazione nasca un trust, in cui vengono nominati quali trustees tutti gli ex sodali, che in tal modo divengono comunisti dell'azienda vincolata in trust, si può ben comprendere la ragione per cui un approfondimento, unica-

mente finalizzato all'oggetto del presente lavoro, della trasformazione della società in comunione d'azienda appare più che mai opportuno.

Prima facie, sembrerebbe che la trasformazione eterogenea da società di capitali in comunione d'azienda sia incompatibile con il sopra enunciato principio di continuità nell'attività d'impresa, al punto che autorevoli interpreti sono giunti alla conclusione che la detta fattispecie si collochi fuori dagli schemi della trasformazione(31).

La comunione d'azienda è infatti caratterizzata dal fatto di non possedere né soggettività giuridica, né autonomia patrimoniale, con l'effetto che le situazioni attive e passive si imputano direttamente ai singoli comunisti in proporzione alla quota da ciascuno di essi posseduta nella società estinta in forza della trasformazione(32).

E la situazione di contitolarità nascente dalla trasformazione è di natura essenzialmente statica, poiché escludendo l'art. 2248 c.c. la c.d. comunione d'impresa; ove si trattasse di una situazione dinamica ci troveremmo subito fuori dallo schema della comunione per rientrare all'interno di quello societario(33).

In questo caso, invero, il principio della continuità dell'attività d'impresa è sempre presente, anche se opera sullo sfondo, in quanto l'inserimento di questa fattispecie all'interno sistema normativo sulle trasformazioni trova il proprio fondamento nello scopo di

Note:

(26) In questo senso cfr. M. Maltoni, [supra, nota 6], 1385; A. Cetra, [supra, nota 6], 170. Sulla questione intervengono con sfumature differenti, tra gli altri, anche G. Marasà, [supra, nota 6], 81.

(27) A differenza di quanto avviene nell'ordinamento tedesco in cui sussiste un principio del *numerus clausus* delle operazioni di ristrutturazione sancito dal § 1 dell'*Umw G* del 1994, cfr. P. Lutter, *Umwandlungsgesetz Kommentar*, I, Köln, 2000, 134 ss.

(28) In questo senso A. Cetra, [supra, nota 6], 140.

(29) P. Spada, [supra, nota 6], 3893; G. Marasà, [supra, nota 6], 211.

(30) A. Cetra, [supra, nota 6], 140.

(31) Sul punto cfr. A. Pavone la rosa, [supra, nota 17], 151 ss.; R. Weigmann, [supra, nota 17], 272. Per G. Ferri jr., [supra, nota 6], 525 ss., la trasformazione di società in comunione d'azienda dovrebbe essere inquadrata nello schema dell'attribuzione dei beni ai soci cui far seguire lo scioglimento della società.

(32) Secondo M. Maltoni - E. Tradii, [supra, nota 16], 149.

(33) Per un'efficace distinzione tra la comunione d'azienda, la comunione d'impresa e la società di fatto vedi Cass. Civ., 4 giugno 1997, n. 4986, in *De jure*, Milano.

evitare la disgregazione del patrimonio aziendale. L'elemento di continuità deve individuarsi nell'azienda quale complesso di beni funzionalmente destinato allo svolgimento di un'attività, anche meramente potenziale d'impresa(34).

La mancanza di soggettività giuridica e di autonomia patrimoniale [e dunque di un ente in senso proprio] non costituisce un valido assunto per ritenere inesistente l'interesse alla continuità nella fattispecie *de qua*, poiché la trasformazione è diretta a conservare la funzionalità del patrimonio aziendale in vista di un futuro affitto o usufrutto dell'azienda.

Quando infatti la trasformazione della società di capitali in comunione d'azienda produce i propri effetti, il suo patrimonio si trasferisce pro quota ai soci, che di conseguenza divengono comunisti del complesso aziendale, con l'effetto dell'estinzione dell'ente originario e con la successione di tutti i rapporti giuridici, attivi e passivi, che prima facevano capo alla società estinta(35).

Questo effetto, che è stretta conseguenza del principio di continuità, non potrebbe realizzarsi a mezzo di una tradizionale operazione di trasferimento d'azienda, ove la successione avviene limitatamente ai contratti d'impresa non aventi carattere personale, e non certo per tutti gli altri rapporti giuridici(36).

La detta operazione, che permette di realizzare effetti simili alla trasformazione di una società di capitali in trust, risolvendo per l'operatore pratico i problemi di una sua eventuale inammissibilità, in realtà rappresenta due diverse fattispecie costituite da una prima operazione di trasformazione di società in comunione d'azienda, certamente tipica, poiché espressamente prevista dall'art. 2500 *septies*; e da una seconda operazione di costituzione di trust.

I detti atti, pur perfezionandosi contestualmente e *uno actu*, rappresentano due autonomi rapporti negoziali, anche se funzionalmente collegati tra loro. In questo caso si verificherebbe un effetto costitutivo del trust che non è direttamente riconducibile all'operazione di trasformazione e che presenta elementi di atipicità rispetto a quanto previsto dal disposto legislativo.

Affinché si tratti di un'autentica trasformazione di società in trust, la nascita di quest'ultimo deve costituire un effetto diretto e ontologicamente collegato alla trasformazione, che ove ciò si verificasse, presenterebbe elementi di atipicità rispetto alla fattispecie di cui all'art. 2500 *septies*.

La problematica della trasformazione della società di capitali in trust rappresenta tutt'altra cosa; e presuppone, come peraltro si è cercato di dimostrare nel corso della presente indagine, il superamento del principio della tipicità delle fattispecie di trasformazione di cui all'art. 2498 c.c.

Certamente sussistono degli elementi di affinità tra la trasformazione di una società di capitali in un trust, e l'analoga operazione di trasformazione in comunione d'azienda, in quanto in entrambi casi si tratta di fattispecie in cui oggetto della trasformazione non è un ente dotato di soggettività giuridica. Difatti né la comunione d'azienda, come meglio sopra è stato specificato, né il trust sono dotati di soggettività giuridica o di autonomia patrimoniale.

Il trust, invero, sulla base dei più recenti orientamenti dottrinali, non è altro che una *patrimonio segregato*. La separazione patrimoniale, *in primis*, è caratterizzata dal quel fenomeno che avviene quando un soggetto "distacca" dal proprio patrimonio determinati beni o diritti al fine di formare con essi un insieme descrivibile come una massa autonoma e distinta dalle restanti posizioni giuridiche ricollegabili al medesimo soggetto(37).

Questa separazione produce la coesistenza, all'interno della sfera patrimoniale di tale soggetto, e quindi senza la costituzione di un nuovo soggetto di diritto, di due (o più) distinte masse patrimoniali(38).

I beni e i diritti "separati", invero, non facendo più parte del patrimonio generale del debitore, sono sottratti alla disponibilità dei creditori con riferimento ai debiti contratti per scopi estranei a quelli per i quali il patrimonio separato è stato istituito(39).

Connesso, ma distinto dal fenomeno della separazione è quello della "destinazione patrimoniale", cioè

Note:

(34) G. Margiotta, Le trasformazioni eterogenee nella riforma del diritto societario, in Riv. not., 2006, 994.

(35) M. Maltoni - E. tradii, [*supra*, nota 16], 150.

(36) A.A. Genovese, [*supra*, nota 12], 69.

(37) Così A. Busani, [*supra*, nota 4], 7.; M. Lupoi, Il contratto di affidamento fiduciario, in Trusts e attività fiduciarie, 2012, 589 ss.; A. Luminoso, Contratto fiduciario, trust, e atti di destinazione ex art. 2645 ter cc., in Riv. Not., 2008, 5, 993 ss. M. Bianca, Trustee e figure affini nel diritto italiano, in Riv. not., 2009, 557 ss.

(38) A. De donato, Destinazione di beni e opponibilità a terzi, in AA.VV., Destinazione dei beni allo scopo, Milano, 2003, 190.

(39) A. Busani, [*supra*, nota 4], 7 ss.

della destinazione di determinati beni e diritti al raggiungimento di uno specifico scopo(40).

Con l'atto di destinazione si obbliga taluno a perseguire le finalità indicate dal disponente nell'atto negoziale, potendo quest'ultimo e i terzi interessati agire contro il medesimo per vedere realizzate proprio quelle finalità(41).

Dalla trasformazione della società in trust, dunque, non nasce nessun nuovo soggetto di diritto, stante la natura di patrimonio segregato del trust, di conseguenza l'azienda viene imputata direttamente al trustee. A ricoprire l'incarico di trustee possono essere, come abbiamo poc'anzi illustrato, tutti gli ex soci, ma potrebbe verificarsi anche l'ipotesi in cui trustee venga nominato un solo socio. In questa fattispecie le analogie con la trasformazione della società in impresa individuale sono evidenti(42).

■ Conclusioni

Proseguendo il ragionamento, un'identità tra la trasformazione della società in comunione d'azienda o in un'impresa individuale e quella in un trust, anch'esso privo di ogni soggettività giuridica, è certamente rinvenibile.

E a questo punto dell'indagine ci si sente di affermare che il riconoscimento legislativo della trasformazione della società in comunione d'azienda non costituisce semplicemente una regolamentazione di una fattispecie che prima della riforma presentava elementi di diversità e che conducevano la dottrina a porla al di fuori dello schema della trasformazione, così come era in precedenza inteso(43).

Alla detta normativa, per contro, deve essere attribuita una innovativa rilevanza sistematica, che unitamente ad una rivisitazione del principio di continuità di cui all'art. 2498 c.c., costituisce la base legislativa per tutte quelle fattispecie trasformatrici c.d. atipiche, ma che presentano con la trasformazione della società in comunione d'azienda elementi di affinità.

In tale contesto, il combinato disposto degli artt. 2498 c.c. e 2500 septies e octies, limitamente alle parti che si interessano della trasformazione della società in comunione d'azienda, rappresentano un paradigma diretto ad accogliere all'interno dello schema delle trasformazioni quelle fattispecie non espressamente regolate, ma che superano il giudizio di meritevolezza degli interessi sottesi all'operazione e che si caratterizzano per l'assenza di un soggetto di diritto,

cui imputare i rapporti derivanti dalla trasformazione e il superamento della procedura di liquidazione delle società di capitali.

Invero sia per l'ipotesi della trasformazione della società in impresa individuale, che quella in un trust, gli effetti giuridici che ne scaturiscono rinvergono il loro addentellato normativo nella trasformazione della società in comunione d'azienda, acquisendo gioco forza quest'ultima una un'indubbia portata sistematica per tutte quelle fattispecie di trasformazione che si caratterizzano per: (i) l'estinzione della società; (ii) il superamento della fase di liquidazione; (iii) l'imputazione dei rapporti giuridici in capo ad una persona fisica o giuridica; (iv) la continuità di tutti i rapporti giuridici; (v) assenza di un nuovo soggetto di diritto.

Difatti nell'ipotesi di trasformazione della società di capitali in un trust, l'intera azienda sociale diviene nella titolarità del trustee, il quale potrebbe essere sia una persona fisica, che diventerebbe titolare di un patrimonio segregato avente ad oggetto i rapporti prima imputabili alla società, con l'evidente analogia con la trasformazione di un ente societario in impresa individuale.

Trustees potrebbero essere nominati anche più

Note:

(40) A. Luminoso, [supra, nota 37], Contratto fiduciario, trust, e atti di destinazione ex art. 2645 ter cc., in Riv. Not., 2008, 5, 993 ss.

(41) R. Franco, Il nuovo art. 2645 ter cod. civ., in Notariato, n. 2006, 3, 2, n. 3; M. Bianca, Atto negoziale di destinazione e separazione, in Consiglio nazionale del notariato, Atti di destinazione. Guida alla redazione, studio n. 357-2012\C, approvato in data 9 maggio 2012.

(42) E anche con riguardo all'ammissibilità di questo tipo di trasformazione la dottrina appare divisa non mancando l'opinione di quegli autori che ritengono che nella fattispecie de qua si è fuori dallo schema della trasformazione, che è un istituto destinato alla regolamentazione di strutture organizzate. Ciò si ricaverebbe anche dallo stesso disposto legislativo (artt. 2498 e 2500 co. 2 cc), ove è spesso contenuta la locuzione "ente" (così M. Bianca, Diritto civile, I, La norma giuridica - I soggetti, Padova, 2002, 311), anziché quella di soggetto o di persona, che avrebbe potuto anche consentire una estensione della detta normativa. Per questo orientamento cfr. A. Gambino - D. U. Santosuosso, Società di capitali, Torino, 2006, 326; G. Palmieri, [supra, nota 6], 123 ss.

Ammessa in forza di un'espressa previsione legislativa la trasformazione della società in comunione d'azienda, non sembra sia peregrina la possibilità di inquadrare il passaggio da società ad impresa individuale nello schema della trasformazione, in questo senso, A. Genovese, Le trasformazioni eterogenee, in Il nuovo diritto societario. Prime riflessioni su alcuni contenuti di disciplina a cura di Genovese, Torino, 2004, 69; F. Guerrero, Trasformazione, fusione e scissione, in Diritto delle società. Manuale breve, Milano, 2006, n. 174, 415; M. Pinardi, La trasformazione, Milano, 2005, 321 ss; M. Sarale, in Il nuovo diritto societario. Commentario Cottino-Bonfante-Cagnasso-Montalenti, III, Bologna, 2004, 2223 e 2231.

(43) Cfr G. Ferri jr., [supra, nota 6], 525 ss.

soggetti, magari gli ex soci dell'ente oggetto della trasformazione. In questo caso, la similitudine con l'istituto della comunione d'azienda è evidente in quanto i trustees diverrebbero comunisti dell'azienda sociale, con la differenza sostanziale però rispetto all'ipotesi tipica della trasformazione espressamente regolata dall'art. 2500 septies, che l'azienda sociale non entra a far parte del loro patrimonio personale, bensì di un patrimonio segregato con il vincolo del trust.

L'effetto precipuo, dunque, di questo tipo di trasformazione è quello di imputare l'azienda sociale ai soci non *uti singuli*, ma in qualità di trustees, con la costituzione di un patrimonio separato e destinato ad un determinato scopo, collocato all'interno del loro patrimonio generale; senza che dall'operazione nasca un nuovo soggetto di diritto.

Il trust nascente dalla trasformazione potrebbe essere di tipo "commerciale", ove gli ex sodali intendano esercitare un'attività d'impresa di natura diversa rispetto a quella esercitata a mezzo della struttura societaria(44).

Ma il trust nascente dalla trasformazione potrebbe essere anche di natura "non commerciale", in quanto gli ex sodali non intendono continuare a mezzo del trust alcuna attività d'impresa. Nelle fattispecie di questo tipo, ferma in astratto l'ammissibilità della trasformazione, dovrà essere esaminata in concreto la meritevolezza dell'interesse sotteso allo scopo del trust.

In punto di disciplina, e soprattutto in quest'ultima fattispecie, non è revocabile in dubbio l'applicazione della normativa sulle trasformazioni eterogenee, sia quella di carattere generale (artt. 2498 - 2500 bis), sia quella speciale [dedicata esclusivamente alle trasformazioni eterogenee] all'ipotesi oggetto della presente indagine.

E dunque risulta applicabile la disciplina sulla conservazione e continuità di tutti i rapporti giuridici, anche di natura processuale in capo al *trustee*, sia esso persona fisica (*ex socio*), sia esso persona giuridica (ove fosse nominata una *trust company* con funzioni gestorie); sulla pubblicità e sull'efficacia, di guisa che l'atto istitutivo del trust nascente dalla trasformazione deve essere iscritto nel registro delle imprese(45); sull'invalidità dell'operazione, dimodoché iscritto l'atto di trasformazione nel registro delle imprese, contenente l'atto istitutivo del trust, quest'ultimo non potrà più essere invalidato da parte dei creditori sociali, rimanendo a questi unicamente un rimedio di natura risarcitoria. Agli stessi, per contro,

spetterà il rimedio dell'opposizione di cui all'art. 2500 novies.

Ed in forza dell'art. 2499 c.c., la trasformazione della società in trust è compatibile anche con un eventuale scopo liquidatorio, potendosi deliberare anche in pendenza della procedura concorsuale, purché non vi siano incompatibilità con le finalità e lo stato della stessa(46).

Note:

(44) Sulla differenziazione tra i trust c.d. "commerciali", che sono quelli utilizzati per l'esercizio di un'attività d'impresa e quelli non commerciali, che, per l'appunto, vengono destinati finalità a diverse cfr. M. Lupoi, L'atto istitutivo di trust, 2005, 45 ss.

(45) L'iscrizione nel registro delle imprese è sicuramente richiesta per procedere alla cancellazione della società, mediante il deposito del bilancio finale di liquidazione, ma anche per la costituzione del trust, nell'ipotesi in cui lo stesso debba esercitare un'attività commerciale che richiede l'iscrizione nel registro delle imprese. La decisione di trasformazione deve contenere i requisiti prescritti per l'atto costitutivo. Sulla forma e sul contenuto della decisione cfr. N. Gasperoni, [supra, nota 20], 1036.

(46) Pertanto pare compatibile, unicamente sotto tale profilo, avendo la problematica la necessità di un più ampio approfondimento, la trasformazione della società in trust con scopo liquidatorio, sempreché la società sottoposta a procedimento non abbia iniziato la distribuzione del residuo attivo della liquidazione.

Il contratto di affidamento fiduciario nel codice civile

di **Ermanno Corallo**

Il contratto di affidamento fiduciario è rigorosamente un contratto di diritto civile, in grado di raggiungere i medesimi effetti essenziali del trust (affidamento fiduciario di beni/diritti destinati e “segregati” al fine della realizzazione di un programma destinatorio). Ciò con il fondamentale vantaggio di operare nell’ambito del nostro diritto, senza bisogno dell’applicazione di alcuna legge straniera.

■ Definizione

L’ipotesi di un “trust di diritto italiano” appare suggestiva (e problematica, stante le differenze radicali tra la tradizione di *equity* ed il diritto civile) ma di fondamentale importanza, considerata l’essenziale esigenza di trovare soluzione nel nostro diritto anziché in un diritto straniero.

Con le dovute ovvie differenze, è possibile concepire e praticare nel nostro diritto una figura negoziale che raggiunga sostanzialmente i medesimi effetti del trust(1), esclusivamente e rigorosamente in virtù del nostro codice civile, ispirato come sappiamo al principio di autonomia negoziale, storicamente derivante dalla legislazione napoleonica post rivoluzionaria.

Il Contratto di affidamento fiduciario(2) è un contratto in virtù del quale un soggetto (Affidante) si affida e trasferisce ad altro soggetto (Affidatario) beni/diritti con l’intesa che quest’ultimo li gestisca (anche disponendone) al fine di eseguire un determinato programma destinatorio (meritevole di tutela secondo il nostro ordinamento giuridico ai sensi dell’art. 1322 cod. civ.)(3).

Il parallelismo con il trust è evidente: il *settlor* corrisponde all’affidante, i beni/diritti affidati corrispondono ai *trust assets*, il trustee corrisponde all’affidatario, il *trust fund* corrisponde alla posizione contrattuale dell’affidatario, ossia al fondo affidato.

■ Inquadramento giuridico

L’affidamento ad altro soggetto affidatario, al fine

del perseguimento di un programma prestabilito, comporta che il bene/diritto affidato sia strumentale, temporaneo e funzionale all’esecuzione dello stesso programma destinatorio.

Non è il caso di parlare di proprietà fiduciaria, che tanti accesi dibattiti dottrinari ha generato, né di proprietà formale in opposizione alla proprietà sostanziale, o simili. Poiché dette definizioni dottrinarie hanno soltanto un valore descrittivo ma nel nostro diritto non hanno riscontro in norme positive, né per quanto riguarda i diritti reali contemplati dal codice civile né per quanto riguarda le relative norme di circolazione degli stessi(4).

Ermanno Corallo - Notaio in Albenga.

Queste note sul contratto di A.F. costituiscono una sintesi parziale della più ampia relazione “Il Contratto di Affidamento Fiduciario (teoria e prassi)”, messa a disposizione in occasione del Convegno organizzato dal Consiglio notarile di Padova in data 22 febbraio 2013 e del Master Uniforma di Genova 16-18 maggio 2013 scaricabile, per chi fosse interessato ad approfondimenti ed alla prassi di atti notarili, dai seguenti links: http://www.notaio-ermannocorallo.it/Il_contratto_di_A.F.-teoria_e_prassi.pdf e <https://docs.google.com/file/d/0B1iRn7euKYcsN1pmNXVoN1JyU2M/edit?usp=sharing>.

Note:

(1) Di cui alla Convenzione de L’Aia del 1° luglio 1985, ratificata con legge della Repubblica Italiana 16 ottobre 1989 n. 364 entrata in vigore il 1° gennaio 1992.

(2) M. Lupoi, Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari, Padova, e Atti istitutivi di trust e contratti di affidamento fiduciario, Milano.

(3) Ovviamente è necessario che tali effetti giuridici siano, secondo le regole generali, “diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l’ordinamento giuridico” (art. 1322, II comma cod. civ.). Ma anche nel trust ciò è richiesto, quale condizione di riconoscimento nel nostro ordinamento giuridico (art. 18 della Convenzione dell’Aia: “Le disposizioni della Convenzione possono essere disattese qualora la loro applicazione sia manifestamente contraria all’ordine pubblico”).

Sulla sostanziale equivalenza tra le due formule (“interessi meritevoli di tutela secondo l’ordinamento giuridico” e “ordine pubblico”), si è evoluta autorevole dottrina: R. Sacco, Le elaborazioni degli effetti contrattuali. La qualificazione, in Il Contratto, tomo II del Tratt. di Dir. priv. 1993, Torino, 1993, p.419 s.; V. Roppo, Il contratto, p. 425., in Tratt. Dir. priv., Milano, 2001.

(4) Tali problematiche sono state sollevate da una parte della dottrina civilistica in tema di ammissibilità in Italia del c.d. *trust interno* (ove tutti gli elementi del trust sono italiani tranne la legge straniera di disciplina del medesimo): F. Gazzoni, Tentativo dell’impossibile, in Riv. Not. 1/2001; In Italia tutto è permesso in Riv. Not. 6/2001; da ultimo: La trascrizione degli atti e delle sentenze, in Trattato delle trascrizioni, Torino, 2012, p.468 s.

La proprietà affidata è una ordinaria proprietà o diritto previsto nel nostro codice civile: potrebbe trattarsi del diritto di proprietà o di altro “diritto reale” trasmissibile, sia su beni immobili che su beni mobili, denaro, complessi di beni quali l’azienda; ma potrebbe anche trattarsi di qualsiasi altro diritto non “reale” quale crediti, posizioni contrattuali, quote sociali, titoli e simili.

L’affidamento di un bene o diritto in funzione della realizzazione del programma destinatorio è inquadrabile nella (unica) figura contrattuale gestoria prevista nel nostro codice civile: ossia il mandato di cui agli artt. 1703 e seguenti del cod. civ. (e, in particolare, il mandato senza rappresentanza).

Il mandato è un tipo contrattuale, nominato nel nostro codice civile, la cui caratteristica è quella di offrire un quadro di regole giuridiche funzionali alla gestione (il mandante, il mandatario, i loro diritti ed obblighi reciproci, i loro rapporti con i terzi). Esso è comunemente assunto a modello generale dell’agire nell’interesse altrui(5).

Esclusivamente in tal senso, ossia nel senso del concetto tradizionale di “causa” quale funzione economico-sociale del contratto che l’ordinamento giuridico apprezza in via generale e non nel caso concreto(6), possiamo dire che il contratto di affidamento fiduciario è inquadrabile nel “mandato”.

Per quanto riguarda il contenuto del mandato (art. 1708 cod. civ.), esso è assolutamente quello voluto dalle parti. Nel senso che rientra nella autonomia delle parti stabilire in cosa debba consistere l’incarico, che lo stesso sia limitato o sia più complesso, che debba esaurirsi con un atto ad effetti immediati o che debba proseguire nel tempo nell’ambito di una anche lunga gestione. La dottrina, a tal proposito, parla di “contenuto generico” del mandato(7).

Nel nostro contratto di affidamento fiduciario, il contenuto del “mandato” è esattamente il programma destinatorio stabilito dall’affidante e convenuto tra le parti nel medesimo contratto.

A questo punto, che si voglia qualificare e chiamare il nostro contratto come contratto “atipico”, o contratto “tipico” in quanto inquadrato negli artt. 1703 e seguenti del cod. civ., o mandato con clausole atipiche, o negozio fiduciario sui generis(8), o contratto di affidamento fiduciario, poco conta. Sarebbe solo questione di *nomen juris*, irrilevante ai fini della sua disciplina giuridica, che solo conta.

Soltanto l’inquadramento nell’ambito del mandato consente la separazione patrimoniale dei beni affidati contemplata nell’art. 1707 cod. civ. (vedasi *infra*), quale deroga di legge alla regola della responsabilità generica di cui all’art. 2740 cod. civ. (disciplina che, come noto, è di ordine pubblico e di stretta interpretazione)(9).

La trascrizione ex art. 2645^{ter} cod. civ., laddove esistano beni immobili o mobili registrati, ha solo la

Note:

(5) M. Bianca, *Trustee e figure affini nel diritto italiano*, Riv. Not. n. 3/2009, parte I, p. 564.

(6) Secondo l’opinione prevalente in dottrina e in giurisprudenza. In dottrina: F. Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, pp. 127-128, 174; E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, p. 184 s.; L. Cariota-Ferrara, *Il negozio giuridico*, p. 586; C. Mirabelli, *Dei contratti in generale*, p. 159, Torino 1967; F. Messineo, *Il contratto in genere*, p. 111, in *Trattato di Dir. Civ. e Comm.*, Milano, 1968; G. Sichiario, *Appunti sulla causa del contratto*, nota a Cass. 15 luglio 1993, n. 7844, in *Giur. it.*, 1995, I,1, col. 733 s. In giurisprudenza: Cass. civ., sez. I, 13 febbraio 2009, n. 3646, *Foro it.*, Rep. 2009, voce *Contratto in genere*, n. 343; Cass. 15 luglio 1993, n. 7844, *Foro it. Rep.*, voce *Contratto in genere*, n. 310; Cass. 20 novembre 1992, n. 12401, *Foro it.*, 1993, I, 1506; Cass. 11 agosto 1980, n. 4921, in *Mass. Giust. civ.*, 1980, 2083; Cass. 17 marzo 1978, n. 1346, in *Giur. it.*, 1978, I, 1, 2171; Cass. 28 marzo 1977, n. 1205, in *Foro it.*, 1977, I, 1088.

(7) A. Luminoso, *Mandato*, commissione, spedizione, in *Diritto civile* (diretto da N. Lipari e P. Rescigno), Milano, 2009, p. 448.

(8) Le definizioni tradizionali di “negozio fiduciario” che si possono trovare in dottrina ed in giurisprudenza apparentemente assomigliano alla figura di contratto di affidamento fiduciario di cui trattasi, ma si differenziano poiché (al di là del trasferimento del bene) sono limitate ad una dimensione meramente interna ed obbligatoria degli effetti del “*pactum fiduciae*”, essendo ivi inesistente l’aspetto della separazione patrimoniale opponibile ai terzi, come invece sarà mostrato essere presente nel nostro contratto di affidamento fiduciario; vedasi, per esempio in dottrina: V. Roppo, *Il contratto* [supra, nota 3], p. 681: “Il contratto fiduciario è quello con cui il fiduciante trasferisce un bene al fiduciario, che si obbliga a conservarlo e/o amministrarlo secondo certi criteri, e a ritrasferirlo successivamente allo stesso fiduciante o ad un terzo”, “L’effetto reale è il trasferimento della proprietà dal fiduciante al fiduciario. Gli effetti obbligatori sono ... l’obbligo del fiduciario verso il fiduciante di ritrasferire ... l’obbligo di osservare modalità vincolate nell’amministrazione del bene per il tempo in cui resterà proprietà del fiduciario”; F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, XV ed., p. 982: “Nel negozio fiduciario il fiduciante si accorda con il fiduciario (c.d. ‘*pactum fiduciae*’) nel senso che il primo trasferirà al secondo la piena proprietà di un bene o che costui lo acquisterà, per poi amministrarlo e ritrasferirlo, a semplice richiesta, al fiduciante o ad un terzo da lui designato, sicché nei rapporti interni, ma non di fronte ai terzi, la proprietà sarà limitata da un vincolo, a carattere giuridico e non solamente sociale o morale ... la limitazione derivante dal ‘*pactum fiduciae*’ è inopponibile ai terzi”. In giurisprudenza: Cass., sez. I, 10 maggio 2010, n. 11314, *Foro it.*, Rep. 2010, voce *Contratto in genere*, 352: “due fattispecie negoziali collegate, l’una costituita da un negozio reale traslativo, a carattere esterno, realmente voluto ed avente efficacia verso i terzi, e l’altra (il vero e proprio *pactum fiduciae*), avente carattere interno ed effetti meramente obbligatori, diretta a modificare il risultato finale del negozio esterno mediante l’obbligo assunto dal fiduciario di ritrasferire al fiduciante il bene o il diritto che ha formato oggetto dell’acquisto”.

(9) V. Roppo, *Tutela dei diritti in Trattato di Diritto Privato* diretto da P. Rescigno tomo 1°- seconda edizione, Torino, p. 509.

funzione di rendere nota ed opponibile ai terzi la destinazione/separazione patrimoniale già generata ex art. 1707 cod. civ. dal contratto di affidamento fiduciario.

■ Il programma destinatorio

Centrale, in questa figura giuridica, è il programma destinatorio, in quanto informa l'intero negozio giuridico e ne costituisce la "causa concreta"(10).

Potrebbe trattarsi di obbligazione assistenziale a favore di persona anziana e sola per il periodo futuro della sua vita o più in generale di obbligazione assistenziale a sostegno di "un bisogno individuale insostenibile" di una persona indubbiamente meritevole di tutela(11), potrebbe trattarsi di sostegno non a favore di anziani e disabili ma di sostegno a favore delle esigenze di crescita, educazione ed esigenze più generali dei figli o discendenti nell'ambito familiare. Spesso è introdotta in tali contratti, oltre alla destinazione per il sostegno delle esigenze dei figli o nipoti, anche il sostegno degli stessi affidanti, se ritenuto necessario.

Od anche potrebbe trattarsi di ogni altra ipotesi in cui un soggetto sente l'esigenza di affidarsi ad altro soggetto, che deve portare avanti un compito che l'affidante non può o non si sente di eseguire (il figlio che si affida alla esperienza ed alla perizia del padre per una gestione immobiliare che egli non vuole eseguire per i motivi più vari).

Il programma destinatorio può essere a favore di soggetti determinati, determinabili (sulla base di precisi legittimi criteri: per esempio fra quelli indicati nell'art. 778, Il comma, cod. civ.) e, come ogni altro negozio giuridico, il contratto di affidamento fiduciario può includere gli ordinari "elementi accidentali" della condizione-termini-modo e produrre ogni effetto concepibile proprio dei contratti.

Il programma, si diceva, conforma il negozio giuridico. Una volta concluso il contratto di affidamento fiduciario, al fine di realizzare il programma destinatorio, quasi "stella polare" verso cui tendere, tutto cambia o può cambiare: possono mutare i soggetti (può scomparire l'affidante o mutare l'affidatario o possono mutare eventuali altre figure strumentali quali il "garante") o possono mutare gli oggetti (durante l'esecuzione del contratto, i beni e diritti affidati, costituenti la posizione contrattuale dell'affidatario denominata "fondo affidato", possono mutare a seguito della gestione dell'affidatario,

nell'ottica caratteristica e propria di una "gestione dinamica" del fondo affidato, come nel trust), o possono mutare contemporaneamente gli uni e gli altri.

Ma, nel mutare del tutto, l'unica invarianza è costituita appunto dal programma destinatorio, che impegna e deve essere eseguito fino al termine finale stabilito.

■ L'obbligazione nell'interesse altrui e la connessa separazione patrimoniale (c.d. "segregazione")

Nell'ambito di tale figura giuridica, ove il programma destinatorio conforma di sé il contratto, l'obbligazione (o più precisamente la posizione contrattuale comprendente diritti ed obbligazioni) dell'affidatario di turno è evidentemente strumentale, temporanea ed esclusivamente fiduciaria, in quanto tesa esclusivamente alla esecuzione dello stesso programma destinatorio nell'interesse altrui.

Per tale ragione la legge appresta, relativamente al patrimonio affidato al mandatario e destinato al programma destinatorio, la separazione dei beni affidati rispetto al patrimonio personale del mandatario stesso.

Ciò significa che le vicende personali e patrimoniali dell'affidatario fiduciario (come nel trust) sono indipendenti rispetto alle vicende dell'affidatario e del fondo affidatogli. Infatti, i beni affidati:

- 1) non rispondono dei debiti personali dell'affidatario,
- 2) non cadono nella sua successione ereditaria,
- 3) non entrano nella sua eventuale comunione legale col coniuge.

Di tali tre aspetti, si accenna qui soltanto al primo e, per tutti (stante la limitatezza di spazio delle presenti note), si rimanda alla più ampia ed argomentata mia relazione scritta citata all'inizio.

Note:

(10) Sulla causa in concreto: C.M. Bianca, Il contratto in Diritto civile, Milano, 1984, p.425 s.; F. Gazzoni, Manuale [supra, nota 8], pp. 807-808; V. Roppo, Il contratto, [supra, nota 3], p. 364; M. Giorgianni, voce Causa, in Enc. dir., Milano, 1960, vol. VI, p. 573; GB. Ferri, Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico, Milano, 1968, p. 370 ss; M.C. Diener, Il contratto in generale, p. 342, Milano, 2011. In giurisprudenza si fa riferimento agli interessi perseguiti, in concreto, dalle parti in Cass. civ., sez. III, 8 maggio 2006, n. 10490, Foro it. Rep., 2006, voce Contratto in genere, n. 438.

(11) A. Barba, Fiducia a scopo assistenziale e contratto plurilaterale in Riv. dir. civ., Padova, n. 5/2012.

Per quanto riguarda quindi il primo aspetto, infatti, il bene o diritto trasferito dall'affidante all'affidatario fiduciario (o comunque da questi acquistato da chiunque), ai sensi del combinato disposto di cui al 2° comma dello stesso art. 2740 e dell'art. 1707 del cod. civ., non risponde che per i debiti contratti dall'affidatario nella esecuzione del programma destinatorio (art. 1707 cod. civ.: "I creditori del mandatario non possono far valere le loro ragioni sui beni che, in esecuzione del mandato, il mandatario ha acquistati in nome proprio...").

Questo è il principio giuridico che regola la responsabilità del bene rispetto ai creditori del mandatario titolare del bene o diritto affidato.

Ai fini poi della tutela dei terzi o creditori personali del mandatario al fine di evitare frodi a loro danno, ovviamente la legge appresta delle tutele e pone delle condizioni, le quali sono sostanzialmente che il bene o diritto debba apparire di fronte al terzo in capo al mandatario ma debba apparire come "strumentale" all'esecuzione dello stesso mandato siccome nell'interesse altrui. Quindi:

- per quanto riguarda i beni mobili ed i crediti, la legge richiede la forma minimale della scrittura avente data certa;

- per quanto riguarda i beni immobili e mobili registrati, che "sia anteriore al pignoramento la trascrizione dell'atto di ritrasferimento o della domanda giudiziale diretta a conseguirlo". Nel nostro contratto di affidamento fiduciario, anteriore al pignoramento è la trascrizione dello stesso contratto di affidamento fiduciario che rende nota la "destinazione" (ossia che il bene è in capo all'affidatario solo strumentalmente per l'esecuzione del "mandato"/programma destinatorio).

D'altra parte, non dovrebbe sorprendere la presente affermazione di separazione patrimoniale generata dal mandato (e quindi indubitabile fondamento normativo della separazione patrimoniale generata dal contratto di affidamento fiduciario), poiché esistente fin dal 1942 nell'ormai lunga vigenza del nostro codice civile⁽¹²⁾; sebbene in modo singolare in larga misura sottovalutata nel dibattito dottrinario contemporaneo relativo alle diverse figure di destinazione e separazione patrimoniale introdotte anche recentemente dal legislatore (nell'ambito di una tendenza che negli ultimi anni ha introdotto via via sempre più frequenti "destinazioni" e relativi regimi di separazione patrimoniale, sia nello stesso codice civile, quali il fondo patrimoniale

Nota:

(12) A. Luminoso [*supra*, nota 7], p. 238 "La dottrina e la giurisprudenza non hanno attribuito finora molta importanza alle disposizioni dianzi ricordate, neppure in una prospettiva più ampia volta a ricostruire in chiave sistematica la disciplina degli effetti e della rilevanza esterna del mandato in nome proprio"; a p. 280 s. "ruolo meramente strumentale del mandato", "La destinazione finale del bene al mandante, in altri termini, fa sì che il bene stesso, pur venendo acquistato...dal mandatario, non entri a far parte della garanzia generica (art. 2740) a disposizione dei suoi creditori", "L'art. 1707, infatti, come già abbiamo osservato, ha il solo compito di disciplinare l'opponibilità del mandato quale fonte di un vincolo di destinazione al mandante di un diritto reale, o di credito, indipendentemente dalla circostanza che, al momento del pignoramento, il diritto reale o di credito (destinato al mandante) si trovi nel patrimonio dell'uno o dell'altro soggetto.". C. Santagata, in Commentario del codice civile a cura di Scajola-Branca, sotto il commento agli artt.1706 e 1707 cod. civ. ove diffusamente ed in modo rigoroso l'A. evidenzia la destinazione del bene acquistato dal mandatario e connessa sua separazione rispetto al patrimonio personale dello stesso mandatario (entrando anche nei particolari "operativi" relativi a quale sia da considerare titolo per la trascrizione opponibile ai terzi creditori personali del mandatario). A. Gambaro, teorizzando in tema di "proprietà fiduciaria", in Trattato dei diritti reali, volume I, "La proprietà ed il possesso", Milano, 2008, p. 340: "Per quanto riguarda la proprietà fiduciaria, ossia la proprietà nell'interesse altrui, si deve osservare anzitutto che l'art. 2645ter cod. civ. rappresenta la prima inequivocabile emersione legislativa di tale figura nel diritto interno ove sino a qui rinvenibile, ma non senza contrasti, in altre disposizioni di legge, prima fra tutte quella di cui all'art. 1706 c.c....". M. Bianca, Trustee e figure affini [*supra*, nota 5], p. 564: "Che la destinazione patrimoniale sia presente in questi modelli è confermato dall'esistenza di regole di separazione patrimoniale che rappresentano la giustificazione e la forza dello scopo. Nel contratto di mandato, assunto a modello generale dell'agire nell'interesse altrui, è proprio questa finalità che giustifica la regola contenuta nell'art. 1707 c.c. Infatti, deve ritenersi che i creditori del mandatario non possono far valere le loro ragioni sui beni che, in esecuzione del mandato, il mandatario ha acquistati in nome proprio". V. Di Gregorio, Gli atti compiuti dal mandatario nei confronti dei terzi, in I contratti di collaborazione II, p. 148 s., Torino, 2011: "Il mandatario, infatti, agisce in nome proprio, ma in modo finalizzato a far conseguire gli effetti contrattuali al mandante, al quale il bene o il credito sono destinati, senza entrare a far parte della garanzia generica prevista a favore dei creditori personali del mandatario. In sostanza, l'art. 1707 c.c. consente una distinzione tra acquisti fatti per suo conto e acquisti fatti per conto del mandante, connotata peraltro alla funzione del contratto di mandato". M. D'Auria, Il mandato-Disciplina e prassi - La rilevanza esterna degli atti del mandatario, Bologna, 2011, p. 183, riconosce un "vincolo di destinazione che l'acquisto per conto altrui imprime verso il patrimonio del mandante". G. Di Rosa, Il Codice civile-Commentario, Milano, 2012, p. 142, relativamente all'art. 1707 cod. civ. parla di "vincolo di destinazione" e di "strumentalità". A. Barba, Fiducia [*supra*, nota 11], p.618: "Il rilievo reale del vincolo di destinazione che accompagna l'(eventuale) effetto traslativo, ossia l'impossibilità per i creditori dell'affidatario fiduciario di far valere le proprie ragioni sui beni destinati all'assistenza dell'anziano o del disabile, è rintracciabile nel sistema positivo mediante gli artt. 1707 e 2645ter c.c.". B. Grasso, L'articolo 2645-ter c.c. e gli strumenti tradizionali di separazione dei patrimoni, Riv. Not. n. 5/2006, p. 1195 s. ("Dal che può ricavarsi la conferma dell'idoneità della causa del mandato in parola a produrre una vicenda connotata da un vincolo destinatorio di natura reale"). G. Tucci, Affidamenti fiduciari e contratti fiduciari, in questa rivista, n. 6/2009, p. 596 "Si tratta, a ben vedere, di una situazione ampiamente conosciuta dal nostro ordinamento, poiché essa è sancita in tema di mandato, ma vale per tutti i negozi gestori. Infatti, secondo l'art. 1707 cod. civ., contenuto nel capo IX, titolo III, del libro IV del nostro codice civile, i creditori del mandatario...". Cfr. V. Roppo, Relazione al Convegno di Genova 28 ottobre 2011 sul Contratto di A.F., Riv. Not. n. 5/2012, p. 1243.

le di cui all'art. 167 e s. cod. civ., i fondi speciali per la previdenza e l'assistenza di cui all'art. 2117 cod. civ., i patrimoni societari destinati ad uno specifico affare di cui all'art. 2447-bis e s. cod. civ., sia in leggi speciali in materia finanziaria come la cartolarizzazione dei crediti di cui alla L. 30 aprile 1999 n. 130 o da ultimo in materia di crisi da sovraindebitamento di cui alla L. 27 gennaio 2012 n. 3 e successive modifiche) ed in particolare nel dibattito dottrinario relativo all'art. 2645ter introdotto con D.L. 30 dicembre 2005 n. 273 (da ultimo vedasi in particolare l'ampio studio approvato dal Consiglio nazionale del Notariato approvato il 13 settembre 2012, che ignora sostanzialmente il fenomeno della segregazione da affidamento fiduciario).

Fin qui la separazione patrimoniale dei creditori dell'affidatario/mandatario. *Quid iuris* nei confronti dei creditori dell'affidante?

L'affidante si è spogliato definitivamente del diritto affidato ed i suoi creditori personali potrebbero recuperare da lui (quale affidante) tale diritto affidato esclusivamente mediante la generale azione revocatoria, sussistendone i presupposti.

In mancanza di esito favorevole dell'azione revocatoria, il bene/diritto affidato è irrevocabilmente destinato all'esecuzione del programma destinatorio.

I beneficiari di tale programma destinatorio sono ormai gli esclusivi creditori della prestazione derivante dal ridetto programma destinatorio (credito così come conformato dallo stesso programma destinatorio) ed in quanto tali sono creditori "garantiti" dai beni/diritti affidati.

■ La c.d. "gestione dinamica" - c.d. "surrogazione reale"

Durante il periodo di gestione che necessariamente l'affidatario esegue per realizzare il programma destinatorio, lo stesso affidatario compie o può compiere tutta una serie di atti di amministrazione e/o di disposizione dei beni e diritti affidatigli, comportante la facoltà di poter alienare in tutto od in parte i beni e diritti affidati (potendoli per esempio vendere al fine di incassare il prezzo per sostenere l'esecuzione del programma), sostituirli eventualmente con altri beni e diritti, acquistarne di nuovi ecc. (c.d. gestione dinamica).

Il citato art. 1707 cod. civ., che statuisce il principio della separazione patrimoniale o c.d. "segregazione", non dispone che l'acquisto da parte del manda-

tario debba essere limitato al primo acquisto di bene e nemmeno stabilisce da chi (ciò è lasciato all'autonomia negoziale); quindi il principio della separazione patrimoniale deve valere senza limitazioni per ogni altro anche successivo acquisto da chiunque effettuato, senza alcuna limitazione qualitativa o quantitativa di numero di operazioni, purché funzionale all'esecuzione del mandato. Pertanto, tutti i beni e diritti (originari, successivi e/o in surrogazione) che si trovino temporaneamente nella posizione contrattuale dell'affidatario (convenzionalmente denominata "fondo affidato") sono "segregati" e rispondono esclusivamente dei debiti contratti per l'esecuzione del programma.

Questo è il concetto della c.d. "surrogazione reale" ravvisato in dottrina(13).

■ La sostituzione dell'affidatario (la cessione del contratto di affidamento fiduciario)

Nel caso di morte dell'unico (od ultimo affidatario fiduciario congiuntivo) senza che vi sia nello stesso momento altro od altri affidatari fiduciari già nominati sotto la condizione sospensiva costituita dall'evento morte, i suoi successori *mortis causa* sono tenuti ad adottare un comportamento di mera conservazione del fondo affidato, limitato ad atti urgenti e necessari in attesa che la parte affidante e/o il "garante" nominino un nuovo affidatario fiduciario.

In tale ipotesi ed in tutti gli altri casi di sostituzione della persona dell'affidatario non connesso alla sua morte ma derivanti dalla sostituzione "volontaria" dell'affidatario fiduciario con uno nuovo, sia ad iniziativa della parte affidante o della parte affidataria o del garante (se la parte affidante originaria non fosse più esistente), opera l'istituto della cessione del contratto di cui alla parte generale del libro IV del codice civile, artt. 1406 e seguenti.

Nota:

(13) Tale concetto di surrogazione reale veniva già affermato da P.G. Jaeger, *La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento*, 1968, Milano, p. 345 s.; dichiarato comunemente ammesso in dottrina da A. Luminoso, *Il mandato* [supra, nota 7], p. 434; M. Bianca, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, p. 228 s., Padova, 1996, ed anche Trustee e figure affini [supra, nota 5], p. 578; M. Lupoi, *Istituzioni* [supra, nota 2], p. 244; F. Benatti, *Vincoli di destinazione*, p. 368, in *Trattato dei diritti reali*, Vol. II, Milano.

Ciò significa che il nuovo affidatario fiduciario subentra nella posizione contrattuale del precedente affidatario fiduciario (in altri termini vi è trasferimento dei diritti ed obblighi, già costituenti la posizione contrattuale del precedente affidatario fiduciario, in capo al nuovo affidatario fiduciario).

Il consenso del contraente ceduto è stato “preventivamente consentito” (art. 1407, I comma, cod. civ.) nel contratto di affidamento fiduciario(14).

■ Contratto di affidamento fiduciario a favore del terzo - patto successorio - la dichiarazione del terzo di “volerne profittare”

Se il contratto di affidamento fiduciario è a favore di terzo beneficiario, opera la figura generale del “contratto a favore di terzo” di cui alla parte generale del libro IV del cod. civ., artt. 1411 e seguenti.

L'art. 1412 disciplina la prestazione al terzo dopo la morte dello stipulante, ed in quanto tale ovviamente è figura espressamente prevista dal nostro diritto e lecita. Molto delicato però è il discrimine con il divieto del patto successorio di cui all'art 458 cod. civ., che viene risolto dalla dottrina civilistica(15) e dalla giurisprudenza(16) nel senso che non vi è patto successorio allorché l'evento morte è considerato soltanto come termine o condizione, ovvero come evento per la piena attribuzione patrimoniale e non assume invece “rilevanza causale”, oppure allorché la struttura contrattuale prescelta determina l'immediato trasferimento del bene.

“In altri termini, dal punto di vista oggettivo, ciò che connota l'attribuzione *mortis causa* è l'essere un'attribuzione del residuo (*quod superest*), la cui entità è determinata solo al momento della morte; tutte le volte in cui l'attribuzione sia invece determinata già in vita, rinviandosi soltanto l'effetto traslativo dopo la morte del disponente, si è nel campo degli atti (con effetti) *post mortem*”(17).

Pertanto, tutti i casi di contratto di affidamento fiduciario ove il trasferimento e la destinazione del diritto all'affidatario è immediato, anche se l'attribuzione finale del bene o diritto avverrà dopo la morte dell'affidante, sono indubbiamente al di fuori di ogni qualificazione di patto successorio.

Un'ultima importante considerazione: in tutti i contratti di affidamento fiduciario, soltanto la dichiarazione da parte del terzo di “volerne profittare”

(art. 1411, II comma cod. civ.) rende il contratto irrevocabile ed immodificabile.

Nell'ipotesi in cui o lo stipulante revochi od il terzo rifiuti la stipulazione a suo favore (per esempio nel caso di terzo incapace e soggetto al Giudice tutelare che ritenga inopportuna la stipulazione a suo favore) l'intero contratto di affidamento fiduciario molto probabilmente cadrebbe poiché la prestazione dovrebbe rimanere (*rectius*: gli effetti già prodotti a favore del terzo “tornerebbero”) a beneficio dello stipulante e ciò (nei contratti di affidamento fiduciario) non è pressoché mai voluto (art. 1411, III comma cod. civ.: “salvo che diversamente risulti dalla volontà delle parti o dalla natura del contratto”).

Pertanto, allorché si predisponga un contratto di affidamento fiduciario, è raccomandabile essere sicuri che il terzo dichiarerà di “volerne profittare” (sempreché non si voglia inserire nello stesso atto contenente il contratto di affidamento fiduciario anche il negozio giuridico unilaterale della dichiarazione del terzo di volerne profittare: col che si renderebbe fin da subito irrevocabile ed immodificabile il contratto di affidamento fiduciario).

■ Il “negozio di destinazione” ex art. 2645 ter cod. civ. secondo la dottrina maggioritaria: critica

Il contratto di affidamento fiduciario ha impostazione radicalmente diversa rispetto al “negozio di destinazione ex art. 2645 ter” del cod. civ. di recente introduzione.

Il primo è un contratto (rapporto tra soggetti) di affidamento di un programma destinatorio (che si-

Note:

(14) M. Lupoi, Istituzioni [*supra*, nota 2], § 263.

(15) In dottrina, in particolare: G. Giampiccolo, Il contenuto atipico del testamento, Milano, 1954, p. 10 s.; R. Nicolò in Attribuzioni patrimoniali post mortem e mortis causa, Vita not., 1971, p. 147 s.; L. Moscarini, Il contratto a favore di terzi, Commentario, Milano, 1997, p. 152 s.; G. Capozzi, Successioni e donazioni, Milano, 2002, p. 37; A. Palazzo, Istituti alternativi al testamento, Napoli, 2003, Cap. I Il negozio transmorte e il divieto dei patti successori; da ultimo, in “Trattato di Diritto delle Successioni” diretto da G. Bonolini: I (la successione ereditaria- Milano, 2009, capitolo I (I patti successori, a cura di Luigi Balestra e Marco Martino), II (I c.d. negozi “Transmorte” di F. A. Moncalvo) con ampi richiami dottrinali ed anche giurisprudenziali.

(16) Tra le numerose, la sentenza Cass., sez. II, 9 maggio 2000, n. 5870 che, per quanto mi consta, è l'ultima sul rapporto tra patto successorio e negozi inter vivos e ribadisce un indirizzo consolidato.

(17) A. Palazzo, Istituti alternativi [*supra*, nota 15], p. 13.

gnifica attività che deve esser svolta per la sua realizzazione) fornendo ovviamente i mezzi per la sua esecuzione (c.d. provvista), che appunto per questo trovano “segregazione” in forza delle norme sul mandato (art. 1707 cod. civ.). La trascrizione di tali beni (se immobili o mobili registrati) svolge solo la funzione di rendere opponibile una destinazione/segregazione già generata dal contratto (art. 2645ter: “Gli atti ...con cui beni immobili o beni mobili iscritti...sono destinati...alla realizzazione di interessi meritevoli...possono essere trascritti...”).

Il secondo (il “negozio di destinazione” ex art. 2645ter cod. civ.) ha come riferimento diretto ed esclusivo il bene (solo immobile o mobile registrato) su cui viene apposto un vincolo di destinazione per la “realizzazione di interessi meritevoli...”. Alorché il “conferente” intenda avvalersi di altro soggetto per la gestione del bene destinato, trasferendogli lo stesso bene, la dottrina che ha commentato l’art. 2645 ter cod. civ. (interpretandolo quale norma che ha introdotto nel nostro cod. civ. in via generale la possibilità di apporre mediante apposito negozio giuridico un “vincolo di destinazione” a beni immobili o mobili registrati), è costretta ad immaginare un altro negozio giuridico di “trasferimento” del bene ed anche (se si vogliono ampliare i poteri di gestione al di là di quanto strettamente previsto dall’art. 2645 ter -“...i beni conferiti ed i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione...”-) un mandato. Avremmo quindi, in tale prospettazione teorica, ben tre negozi giuridici collegati per giustificare la medesima fattispecie! (risolta invece molto linearmente e semplicemente con l’unico contratto di affidamento fiduciario)(18).

È doveroso però, a questo punto, cercare di spiegare e dar conto di come la stessa ipotesi fattuale (affidamento di bene destinato ad uno scopo) possa essere spiegata mediante antinomiche impostazioni dottrinarie (entrambe, ovviamente, aventi una loro propria intrinseca giustificazione).

La spiegazione sta nel fatto che detta dottrina (maggioritaria) basantesi sull’art. 2645 ter “parte dal bene” (per “accidente normativo” dell’art. 2645 ter solo immobile o mobile registrato) e lo “conforma” di un “vincolo reale” di destinazione programmatoria. La stessa impostazione dottrina trova la sua radice storico-culturale nella pandettistica tedesca della seconda metà dell’ottocento ed in particolare nella *Zweckvermögenstheorie*,

detta anche “Teoria dei patrimoni destinati ad uno

Nota:

(18) M. Bianca, L’atto di destinazione: problemi applicativi, Riv. Not. 2006, parte I., p. 1182: “Un largo spazio lasciato all’autonomia negoziale è quello relativo all’assetto programmatico della destinazione, profilo che deve ritenersi distinto rispetto all’atto di destinazione. Qui credo che, in ragione della specifica situazione concreta, il soggetto conferente possa 1) prevedere che sia stipulato un contratto di mandato contestuale alla destinazione con il quale egli nomini un terzo gestore dei beni destinati; 2) operare un trasferimento della proprietà ad un terzo ‘attuatore della destinazione’”. Cfr. anche tale possibilità (di “accompagnamento” della destinazione con il trasferimento del bene) espressa in M. Bianca, M. D’Errico, A. De Donato, C. Priore, L’atto notarile, Milano, 2006, p. 67; A. Luminoso, Il mandato [*supra*, nota 7], p. 82: “Nulla vieta infatti ai privati di realizzare una combinazione negoziale fra la destinazione di determinati beni a un dato scopo e l’attribuzione in proprietà degli stessi ad un fiduciario con il compito di provvedere ad una gestione dei beni che assicuri l’attuazione dello scopo indicato nell’atto di destinazione”, “Tale possibilità viene riconosciuta pressoché da tutta la dottrina, anche se nel quadro di costruzioni differenti”, con ivi ampie citazioni di dottrina. F. Alcaro, Gli effetti strumentali della destinazione: l’(eventuale) effetto traslativo e gli effetti obbligatori in ordine al profilo gestorio, allegato al citato studio del Consiglio nazionale del Notariato n. 357-2012: “Mentre è consequenziale l’effetto della separazione patrimoniale, restando, in via di principio, il conferente proprietario del bene, benché vincolato, non necessariamente si produce quello traslativo: ove questo operi, con vincolo a favore del beneficiario, il trasferimento si pone in termini di netta strumentalità”; p. 96 s.: “Mentre l’atto di destinazione - come si è rilevato - individua l’attualità di una funzione impressa al bene, orientandolo e vincolandolo ad un determinato scopo, esplicitandosi in una congrua e adeguata ‘attività’ di organizzazione e gestione del patrimonio, diversamente l’effetto traslativo si produce in forza di un contratto”, “il negozio traslativo, inserito nella sequenza procedimentale che realizza la destinazione, è coordinato con gli atti che lo precedono e lo seguono e che sono unificati dall’obiettivo perseguito”; cfr. anche nello stesso citato studio del Consiglio nazionale del Notariato n. 357/2012, fra le risposte a quesiti (a cura di a cura di M. Bianca, F. Macario, G. De Rosa, A. Valeriani, G. Marozz) la risposta n. 4: “L’atto di destinazione può essere arricchito di un ulteriore contenuto negoziale, anche bilaterale, dunque di natura più propriamente contrattuale, quale un mandato di gestione e/o un trasferimento del diritto dal disponente all’eventuale attuatore della destinazione. Tale contenuto ulteriore non altera però l’originaria natura unilaterale dell’atto destinatario...”. A. Luminoso, Contratto fiduciario, trust e atti di destinazione ex art. 2645ter c.c., Riv. Not. 2008, 05, §4. Fiducia rinforzata, trust e atti di destinazione: “carattere qualificante è che non vi è una consustanziale inerenza della destinazione (regolata dall’art. 2645ter c.c.) ad un rapporto fiduciario (fra il disponente e il beneficiario o altro soggetto)”, “Altro discorso è che le parti, nell’esercizio dei loro poteri di autonomia, possano concludere un contratto fiduciario cui venga collegato un atto di destinazione (del fiduciante). Nulla vieta infatti ai privati di realizzare una combinazione negoziale fra la destinazione di determinati beni a un dato scopo e l’attribuzione in proprietà degli stessi ad un fiduciario con il compito di provvedere ad una gestione dei beni che assicuri l’attuazione dello scopo indicato nell’atto di destinazione. Siffatta forma di collegamento negoziale, o, se si preferisce, di commistione, per volontà delle parti, tra destinazione patrimoniale e attribuzione fiduciaria, determina un rafforzamento della posizione del beneficiario verso l’esterno...”. Nella nota 37 dello stesso scritto, l’A. si pone il problema ed afferma che “Non è questa la sede per approfondire se il fenomeno indicato nel testo sia da qualificare come un collegamento negoziale ovvero come un unico negozio complesso”. U. La Porta, L’atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell’art. 2645ter c.c., in Riv. not., 2007, p. 1101: “All’atto di destinazione traslativo si ‘accompagna’, nella migliore presumibile ricostruzione dell’istituto, un contratto di mandato tra disponente ed attributario, diretto ad assicurare al primo la necessaria cooperazione gestoria del secondo per tutti i profili non coperti dalle limitazioni funzionali derivanti alla situazione soggettiva dal vincolo di destinazione impresso ai beni”.

scopo”(19). Ove il bene (là si parlava di patrimonio) assume un valore autonomo siccome destinato ad uno scopo (che lo unifica ed identifica a prescindere dal riferimento al soggetto titolare), che dev'essere quindi realizzato da una “attività attuosa”.

Il patrimonio non perviene ancora ad una sua autonoma personalizzazione ma perlomeno ad una sua autonomizzazione quale centro autonomo di interessi del soggetto a cui appartiene, separato però rispetto al restante suo patrimonio in relazione allo scopo suo proprio. Con i conseguenziali effetti in termini di responsabilità patrimoniale rispetto ai terzi (ogni patrimonio separato risponde soltanto di fronte ai creditori di ciascuna attività compiuta per la realizzazione del rispettivo scopo).

In tal senso l'art. 2645ter cod. civ. sarebbe l'ultimo tassello, quale norma generale, introdotto nel nostro cod. civ. per riconoscere appunto la destinazione di un bene (essendo l'autonomizzazione in persona giuridica del “bene-capitale” già entrato da subito nella legislazione post rivoluzionaria: art. 37 del codice di commercio napoleonico del 1807 dietro autorizzazione statale fino al 1867 per le società anonime, e quindi anche nelle legislazioni di derivazione francese, quale quella italiana, dietro autorizzazione sovrana dal 1865 fino al codice di commercio del 1882, dopo il quale era necessaria una semplice omologazione di legittimità da parte dell'Autorità giudiziaria)(20).

Il contratto di affidamento fiduciario oggetto del presente scritto, invece, parte dalla tradizionale classica teoria “soggettivistica” propria del codice civile napoleonico, informato dai principî culturali illuministici e giusnaturalistici, poi come noto passato nei diversi codici italiani fino al nostro vigente codice del 1942(21).

■ Conseguenziali differenze tra “contratto di affidamento fiduciario” e “negoziato di destinazione ex art. 2645 ter cod. civ.”

Le differenze di struttura e di effetti del contratto di affidamento fiduciario rispetto al “negoziato di destinazione ex art. 2645 ter cod. civ.” come comunemente inteso dalla dottrina maggioritaria suddetta, hanno una rilevante importanza sulla loro differente possibilità di successo e diffusione nella pratica.

Nel contratto di affidamento fiduciario non vi sono limitazioni di beni e diritti segregati, poiché l'art. 1707 cod. civ. contempla beni mobili non registrati e

registrati, crediti e beni immobili (cioè tutto), a differenza di quanto previsto dall'art. 2645 ter cod. civ. che contempla esclusivamente beni immobili e mobili registrati.

Tale circostanza (il poter trattare ogni tipo di diritto) è conseguentemente più consona alla c.d. “surrogazione reale” ed alla c.d. “gestione dinamica” accennate in un precedente paragrafo (come nel trust).

Infatti, la formulazione dell'art. 2645 ter cod. civ. (“I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione”) non consente per esempio che il prezzo realizzato a seguito della vendita dei beni vincolati (prezzo da utilizzare per il raggiungimento del fine di destinazione) rimanga “segregato” fino a tale raggiungimento del fine. Così come non consente che eventuali crediti sorgenti da una gestione del bene vincolato (per esempio, vendita con pagamento del prezzo dilazionato) siano “segregati” fino a tale raggiungimento del fine.

È vero che parte della dottrina tenta di ampliare in via interpretativa il significato dell'art. 2645 ter cod. civ. comprendendovi anche le altre tipologie di beni e/o diritti diverse dagli immobili e mobili registrati(22), ma tale tentativo non è supportato da norma di legge in una materia (limitazioni alla responsabilità patrimoniale di cui all'art. 2740 II comma cod. civ.) ritenuta comunemente di ordine pubblico ed insuscettibile di interpretazione analogica(23).

L'art. 2645 ter cod. civ. ed il connesso c.d. negozio di destinazione appaiono pertanto idonei e limitati soltanto ad un vincolo di destinazione sul bene (limitato alla tipologia del bene immobile o mobile registrato) statico, senza possibilità di surrogazione reale e quindi senza la possibilità di una vera e completa gestione idonea, senza limitazioni, al raggiungimento dell'interesse perseguito.

Note:

(19) M. Indolfi, *Attività ed effetto nella destinazione dei beni*, p. 11 s., Napoli, 2010.

(20) A. Gambino, D.U. Santosuosso, *II. Società di capitali*, p. 4, Torino, 2010.

(21) Vedasi il percorso storico-concettuale lucidamente illustrato da S. Meucci, in *La destinazione dei beni tra atto e rimedi*, Milano, 2009.

(22) M. Bianca, *Trustee e figure affini* [supra, nota 5], p. 577. M. Indolfi, *Attività ed effetto* [supra, nota 19], p. 286.

(23) E. Russo, *Il negozio di destinazione di beni immobili e mobili registrati*, in *Vita notarile* 2006, p.1252: “È sicuramente inesatta la tesi secondo la quale gli effetti di destinazione e di inespropriabilità devono ritenersi applicabili in via estensiva o analogica ...”.

■ Conclusioni

Nei termini suindicati, il contratto di affidamento fiduciario è quindi preferibile sia al c.d. “trust interno” (per la fondamentale considerazione che qui applichiamo il nostro diritto e non un diritto stranie-

ro) sia al semplice “negozio di destinazione *ex art. 2645 ter cod. civ.*” (in considerazione delle sue più ampie ed efficaci potenzialità gestorie e segregative).

Spetta alla dottrina civilistica italiana ed alla prassi professionale coltivarlo ed avvalersene.

Il monitoraggio fiscale a carico dei beneficiari di un trust non residente

di **Daniele Majorana**

La platea dei soggetti tenuti ad adempiere agli obblighi connessi alla disciplina del monitoraggio fiscale si estende, con alcuni limiti fissati dalla giurisprudenza di merito, a tutti i soggetti che hanno la materiale disponibilità di attività finanziarie all'estero.

Con riferimento ai trust, in situazioni fisiologiche tali obblighi si producono in capo al beneficiario, solo ove quest'ultimo vanti un diritto certo, incondizionato ed attuale a percepire il reddito del trust.

Tale paradigma è stato completamente riformulato con l'approvazione della Legge Europea per il 2013 che, nell'ambito della riforma del quadro sanzionatorio relativo agli adempimenti connessi alla disciplina del monitoraggio fiscale, estende tali obblighi anche ai titolari effettivi delle attività estere, individuati ai sensi della disciplina dell'antiriciclaggio. Conseguentemente, con riferimento ai trust con beneficiari individuati, la nuova disciplina potrebbe introdurre forti elementi di distorsione, introducendo obblighi tributari a carico di soggetti che rispetto al patrimonio del trust non vantano alcuna titolarità e/o disponibilità.

■ Cenni sulla vigente disciplina del monitoraggio fiscale

Il sistema tributario italiano è fondato sul principio della "tassazione su base mondiale" dei propri residenti(1) (*world wide taxation system*); conseguentemente, per i contribuenti fiscalmente residenti in Italia, il reddito complessivo è costituito da tutti i redditi conseguiti, in Italia ed all'estero(2).

Tale principio ha giustificato l'esigenza, da parte dell'Amministrazione finanziaria, di uno strumento giuridico che le consentisse di attuare opportuni con-

trolli sui redditi e sui flussi di fonte estera(3) rilevanti per i soggetti fiscalmente residenti in Italia. A tale finalità risponde la vigente disciplina sul monitoraggio fiscale(4) che, sotto il profilo oggettivo, dispone l'obbligo di rilevare (i) trasferimenti da e verso l'estero di denaro, titoli e valori per importi superiori a euro 10.000, o (ii) la detenzione all'estero degli stessi, mediante indicazione nella dichiarazione dei redditi (Modello Unico Persone Fisiche - Quadro RW).

Sotto il profilo soggettivo, sono tenuti agli adempimenti sopra individuati i soggetti fiscalmente residenti nel territorio dello Stato(5) che seguono:

Daniele Majorana - *Dottore Commercialista in Milano.*

Note:

(1) Ai fini delle imposte dirette si considerano residenti: a) le persone che per la maggior parte del periodo d'imposta sono iscritte nelle anagrafi della popolazione residente o hanno nel territorio dello Stato il domicilio o la residenza ai sensi del codice civile. Si considerano altresì residenti, salvo prova contraria, i cittadini italiani cancellati dalle anagrafi della popolazione residente e trasferiti in Stati o territori diversi da quelli individuati con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale (art. 2, comma 2 e 2-bis, D.P.R. 917/1986); b) le società di persone, le società di capitali, gli enti commerciali e gli enti non commerciali che per la maggior parte del periodo di imposta hanno la sede legale o la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale nel territorio dello Stato (art. 5, comma 3, lett. d) ed art. 73, comma 3, D.P.R. 917/1986).

(2) Art. 3, comma 1, D.P.R. 917/1986.

(3) Tale esigenza è sorta in conseguenza della liberalizzazione del mercato valutario (DM 27 aprile 1990) che ha determinato l'abrogazione dell'obbligo di canalizzare le operazioni con l'estero presso banche Italiane.

(4) Nel particolare, la normativa sul monitoraggio fiscale (D.L. 28 giugno 1990, n. 167), dispone: - obblighi di evidenza dei trasferimenti superiori a € 10.000 da e verso l'estero effettuati da residenti per mezzo degli intermediari professionali abilitati (a cura degli intermediari bancari e finanziari); - vincoli a carico degli intermediari per i trasferimenti all'estero effettuati per conto di soggetti non residenti; - particolari adempimenti per l'importazione ed esportazione al seguito di denaro titoli e altri valori mobiliari (dichiarazione di trasporto al seguito).

(5) In particolare, per le persone fisiche, la base imponibile IRPEF è determinata da tutti i redditi conseguiti in Italia ed all'estero (art. 3, comma 1, D.P.R. 917/1986). Il medesimo principio opera per la determinazione della base imponibile delle società di capitali, degli enti commerciali (art. 72, D.P.R. 917/1986) e degli enti non commerciali (art. 143, D.P.R. 917/1986).

- persone fisiche;
- enti non commerciali;
- società semplici e associazioni tra professionisti equiparate.

Nell'esame della disciplina del monitoraggio fiscale, la prassi dell'Agenzia delle Entrate(6) ha fornito alcuni chiarimenti che consentono di focalizzare con un maggior grado di dettaglio gli estremi della fattispecie:

- "Per attività estere di natura finanziaria devono intendersi quelle attività da cui derivano redditi di capitale o redditi diversi di natura finanziaria di fonte estera";

- "Per effetto di consolidati orientamenti giurisprudenziali(7), sono tenuti agli obblighi di monitoraggio non solo i titolari delle attività detenute all'estero, ma anche coloro che ne hanno la disponibilità o la possibilità di movimentazione. Tale obbligo, però, sussiste esclusivamente qualora si tratti di una delega al prelievo e non soltanto di una mera delega ad operare per conto dell'intestatario. È da ritenersi esclusa, in sostanza, l'esistenza di un autonomo obbligo di monitoraggio nell'ipotesi in cui il soggetto che ha la disponibilità dell'attività estera possa esercitare esclusivamente un mero potere dispositivo in ordine alle predette attività in esecuzione di un mandato per conto del soggetto intestatario. È il caso, ad esempio, degli amministratori che hanno il potere di firma su conti correnti della società in uno Stato estero e che hanno la possibilità di movimentare i capitali pur non essendo beneficiari dei relativi redditi"(8).

Pertanto, la platea dei soggetti tenuti ad adempiere agli obblighi rivenienti dalla disciplina del monitoraggio fiscale delle attività finanziarie estere è più ampia rispetto a quella dei soggetti titolari di diritti giuridici su tali beni; essa, infatti, si estende a tutti i soggetti che su di essi hanno la materiale disponibilità, nei limiti sopra individuati(9).

Conseguentemente, in base alle osservazioni sopra evidenziate, è necessario verificare se l'individuazione di un soggetto fiscalmente residente in Italia (che ivi non svolga attività commerciali e/o professionali) quale beneficiario di un trust, dia luogo ad una fattispecie assimilabile alla detenzione di attività finanziarie estere come definita ai fini del monitoraggio fiscale. In tal caso, in capo a tale soggetto scaturiranno gli adempimenti connessi a tale disciplina.

■ La disciplina giuridica dei beneficiari dei trust

Ai fini delle imposte dirette il trust gode di un'autonoma soggettività tributaria; esso, infatti, è incluso tra i soggetti passivi dell'imposta sul reddito delle società (IRES)(10). Nel particolare il legislatore fiscale, in funzione della flessibilità dell'istituto, ha individuato due principali tipologie di trust:

a) trust con beneficiari individuati (trust trasparenti), i cui redditi vengono imputati per trasparenza ai beneficiari stessi come redditi di capitale(11);

b) trust senza beneficiari individuati (trust opachi), i cui redditi vengono tassati direttamente in capo al trust.

Il beneficiario individuato di un "trust riconosciuto"(12) non vanta il mero diritto a ottenere i beni oggetto del trust; bensì egli può pretendere (anche in giudizio) dal trustee, l'adempimento di tutte le obbligazioni che la legge e l'atto di trust pongono a carico di quest'ultimo(13). Pertanto, sotto il profilo civilistico, la posizione del beneficiario del trust in Italia non integra un diritto proprietario, in quanto il beneficiario del trust non vanta un diritto reale nei confronti del trustee(14); bensì, egli è titolare di un diritto di credito(15), di carattere non meramente

Note:

(6) Circ. Ag. Entrate n. 45 del 13 settembre 2010, al paragrafo 2.1.

(7) Sentenze della Cassazione, Sezione tributaria, dell'11 giugno 2003, n. 9320, in il fisco I, 2003, 4782 e del 21 luglio 2010, nn. 17051 e 17052, entrambe in *Banca Dati BIG Suite*, IPSOA.

(8) Circ. Ag. Entrate n. 28/E del 21 giugno 2011.

(9) Per considerazioni *de jure condendo*, si veda *infra*.

(10) Art. 73, D.P.R. 917/1986.

(11) Art. 44, lett. g-sexies) D.P.R. 917/1986.

(12) Ossia redatto secondo l'ordinamento giuridico di un Paese che riconosce l'istituto dei trust.

(13) L'art. 11, lett. d), della Convenzione dell'Aja dispone che "la rivendicazione dei beni in trust sia permessa nella misura in cui il trustee, violando le obbligazioni risultanti dal trust, abbia confuso i beni in trust con i propri o ne abbia disposto ...".

(14) "Il beneficiario, pertanto, non vanta alcun diritto diretto sui beni oggetto di trust, atteso che la possibilità di ottenere il bene oggetto di trust è condizionata al fatto che il trust cessi. Pertanto, nel momento in cui pretende o ottiene il bene oggetto del trust egli, per definizione, non è più "beneficiario" in quanto il trust è cessato". A. Mauro, *La posizione giuridica del beneficiario di trust*, in il fisco n. 45 del 7 dicembre 2009, pag. 1-7401.

(15) M. Lupoi, voce "Trusts. Il Convenzione dell'Aja e diritto Italiano", "Enciclopedia Giuridica" Treccani, Roma 1995, pag. 784.

patrimoniale, il cui contenuto scaturisce non solo dalla legge concretamente applicabile al trust, ma anche dalla disciplina dell'atto di trust dettata dal disponente(16).

Tale interpretazione ha trovato conferma nella giurisprudenza della Corte di Giustizia UE(17), ove, alla pretesa che il beneficiario di un trust ha fatto valere nei confronti del trustee, affinché questi gli trasferisse i beni oggetto del trust, è stata attribuita natura di azione personale e non reale.

Con particolare riferimento alla disciplina di tassazione del beneficiario di un trust trasparente, l'Agenzia delle Entrate, ha precisato che per beneficiario individuato è da intendersi: "... il soggetto che esprime, rispetto a quel reddito, una capacità contributiva attuale. È necessario, quindi, che il beneficiario non solo sia puntualmente individuato, ma che risulti titolare del diritto di pretendere dal trustee l'assegnazione di quella parte di reddito che gli viene imputata per trasparenza"(18).

In termini generali, l'Agenzia riconosce rilevanza all'imputazione sia sotto il profilo sostanziale (nascita del diritto) che sotto quello formale (comunicazione ai beneficiari e dichiarazione)(19).

Ove il beneficiario sia individuato solo in via mediata, ossia ricollegata o condizionata al verificarsi di determinati eventi o a successive valutazioni del trustee, si palesa una posizione di mera aspettativa del beneficiario, che non è espressione di alcuna capacità contributiva né attuale né potenziale(20) in capo allo stesso. Pertanto, fino a quando in capo al beneficiario non sorge un simile diritto, sia nell'ambito dell'atto istitutivo di trust, o, in mancanza, in un successivo documento integrativo emanato dal trustee (a seguito, o meno, di una *letter of wishes* prodotta dal disponente e/o dal beneficiario)(21), nulla potrà essergli imputato, in quanto lo stesso può avere soltanto delle mere aspettative che, da sole, non possono far emergere una capacità contributiva rilevante ai fini dell'imposizione(22).

Pertanto, la semplice individuazione del beneficiario di per sé esprime una condizione necessaria ma non sufficiente ad azionare l'imputazione a favore di quest'ultimo dei redditi. Quest'ultima avrà luogo nel momento in cui il beneficiario potrà vantare un diritto, certo, incondizionato ed attuale a percepire il reddito del trust.

Alla luce di tale inquadramento normativo pare evidente che, in situazioni fisiologiche, il beneficiario di un trust estero è titolare di un diritto di credi-

to che non ha contenuto meramente patrimoniale

Note:

(16) Non è possibile individuare a priori, in modo generale, il contenuto del diritto del beneficiario. Tuttavia, esistono, secondo il modello inglese del trust, diritti che sono imprescindibili per il beneficiario, tra i quali è possibile ricordare:

- il diritto ad essere informati della titolarità di una posizione beneficiaria;
- il diritto a ottenere dal trustee il rendiconto della gestione compiuta;
- il diritto di essere informato e di prendere visione dei documenti concernenti il trust;
- il diritto di porre anticipatamente fine al trust, a prescindere dalla volontà del disponente;
- il diritto di modificare l'atto istitutivo di trust. (A. Mauro, *supra*, nota 14).

(17) Sent. 17 maggio 1994, C-294/92 (*Webb vs Webb*) della Corte di Giustizia UE, in questa Rivista, 2004, 112.

(18) Circ. Ag. Entrate, n. 48/E del 6 Agosto 2007, paragrafo 4. In tale sede, l'Agenzia, ha distinto la posizione dei beneficiari del trust da quella dei soci di società di persone o dei soci di società di capitali trasparenti, a cui è stata accostata in più occasioni: questi ultimi, infatti, possono autonomamente determinare le modalità ed i criteri di distribuzione degli utili prodotti dalla società, in virtù del diritto soggettivo pieno a percepire gli utili accertati dalla società da essi vantato, nel caso di società di persone, e del carattere opzionale del regime di trasparenza e del potere di controllo delle decisioni dell'assemblea dei soci, nel caso di società di capitale. Al contrario, i beneficiari del trust non hanno alcun potere relativo ai redditi del trust che verranno loro eventualmente imputati sulla base delle indicazioni contenute nell'atto istitutivo e della discrezionalità da questo riconosciuta al trustee". (Consiglio Nazionale Del Notariato Studio n. 22-2007/T. Osservazioni sulla disciplina fiscale del trust nell'imposizione diretta alla luce della finanziaria 2007).

(19) "Le vicende del fondo in trust", di L. Salvini, "Trust e pratica della fiscalità dei Trust – Dottrina, casi e soluzioni operative", pubblicazione a cura di G. Frasoni e N. de Renzis Sonnino, Ed. IPSOA, 2008.

(20) N. de Renzis Sonnino, Il trust ed i redditi dei beneficiari, in questa Rivista, 2007, 361.

(21) A tal riguardo, occorre evidenziare che l'art. 73, comma 2, D.P.R. 917/1986 così dispone: "Nei casi in cui i beneficiari del trust siano individuati, i redditi conseguiti dal trust sono imputati in ogni caso ai beneficiari in proporzione alla quota di partecipazione individuata nell'atto di costituzione del trust o in altri documenti successivi ovvero, in mancanza, in parti uguali". Il riferimento agli "altri documenti successivi" contenuto nella norma, sembra considerare sia gli eventuali documenti di modifica del trust deed originario sia le *letters of wishes*, con le quali il Settlor esprime i propri desideri e le indicazioni relative alle regole di condotta che egli auspica che il Trustee segua nell'esercizio dei propri poteri. Tale elemento va valutato alla luce del secondo comma dell'art. 2 della Convenzione dell'Aja, che, in linea di principio, sancisce la compatibilità del trust con alcuni poteri e facoltà riservate al disponente o al trustee quale beneficiario. È evidente che tali attribuzioni devono essere valutate caso per caso, affinché nell'ambito del trust si realizzi la segregazione del patrimonio conferito e l'effettiva perdita di disponibilità da parte del disponente. In tale ambito si evidenzia che, in linea generale, è onere dell'Amministrazione finanziaria di provare la fondatezza dei fatti sui quali poggia la pretesa tributaria, in applicazione dei principi generali sul riparto dell'onere probatorio di cui all'art. 2697 del codice civile, pena la declaratoria di nullità del provvedimento impugnato.

(22) "L'imputazione per trasparenza dei redditi del trust ai beneficiari – condizioni e conseguenze", di M. Casalini, "Trust e pratica della fiscalità dei Trust – Dottrina, casi e soluzioni operative", pubblicazione a cura di G. Frasoni e N. de Renzis Sonnino Ed. Wolters Kluwer Italia Srl 2008.

(fatta eccezione al caso in cui l'eventuale diritto di credito a contenuto patrimoniale sorga da alcune clausole originariamente previste nell'atto di trust o da successive disposizioni del trustee). In tal caso, non risulta integrata la fattispecie della "disponibilità di attività finanziarie all'estero", come definita ai fini del monitoraggio fiscale(23), pertanto in capo a tale soggetto non sussisteranno gli obblighi disposti dalla citata normativa.

A *contrariis*, in situazioni "patologiche", gli adempimenti richiesti dalla normativa sul monitoraggio fiscale potrebbero scattare:

a) nei confronti del beneficiario, ove il trust si consideri interposto;

b) nei confronti del trust, che al verificarsi di alcune condizioni potrebbe essere considerato estero vestito ed attratto a tassazione in Italia.

■ Il trust interposto

In base alla normativa internazionale(24), il trust è definito in base al paradigma che segue:

a. i beni in trust costituiscono una massa distinta e non sono parte del patrimonio del trustee;

b. i beni in trust sono intestati al trustee o ad un'altra persona per conto del trustee;

c. il trustee è investito del potere ed onerato dell'obbligo, di cui deve rendere conto, di amministrare, gestire o disporre dei beni in conformità alle disposizioni del trust e secondo le norme imposte dalla legge al trustee.

Sotto il profilo fiscale, i trust istituiti e gestiti al fine di realizzare una mera interposizione nel possesso dei beni e dei relativi redditi, non sono considerati validamente operanti; è il caso, ad esempio, dei trust nei quali l'attività del trustee, sotto il profilo sostanziale, risulti soggetta alle istruzioni vincolanti riconducibili al disponente o ai beneficiari, che di fatto così mantengono l'effettiva disponibilità del patrimonio conferito nel trust.

Elemento essenziale del trust, pertanto, è (i) la perdita del potere di gestire i beni in trust da parte del disponente e (ii) la contestuale assunzione del corrispondente potere/dovere del trustee di amministrare e disporre dei beni a lui effettivamente affidati. In tale ambito non è esclusa la possibilità che il disponente riservi a se stesso alcune facoltà, esse però non devono essere tali da precludere al trustee il potere di gestire i beni che costituiscono il patrimonio conferito in trust.

Tali osservazioni sono state recepite dall'Agenzia delle Entrate(25), già in epoca anteriore all'introduzione nell'ordinamento fiscale nazionale della disciplina d'imposizione del reddito prodotto dai trust(26); in tale sede era stato precisato che: "... se la gestione del trust è riconducibile al settlor o disponente, il trust è *tamquam non esset*" come pacificamente riconosciuto in dottrina(27) e affermato dalla nota sentenza della Royal Court of Jersey(28) se non si verifica un reale spossamento del disponente e i beni in trust sono beni mobili, il negozio rileva ai fini fiscali come un mandato con rappresentanza(29), con la conse-

Note:

(23) Vedi *supra*.

(24) Art. 2, comma 2, Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985.

(25) Risoluzione 17 gennaio 2003, n. 8/E.

(26) Introdotta dalla L. 296/2007 (finanziaria 2007).

(27) "In tutte le ipotesi ... in cui il settlor non solo coincide con il beneficiario, ma mantiene un pregnante potere di indirizzo e di gestione sull'attività del trustee, la stessa essenza del negozio di trust viene meno; con la conseguenza che non si integra nemmeno l'ipotesi di interposizione reale attuata attraverso il mandato senza rappresentanza, rimanendo in tale caso la proprietà del bene in capo al settlor. Ciò naturalmente, qualora vengano istituiti in trust beni mobili": così F. Gallo, Trust interposizione ed elusione fiscale, Rassegna Tributaria n. 5/1996, p. 1043 e segg.

(28) La fattispecie oggetto della sentenza della Royal Court di Jersey del 6 giugno 1991 (*Rahman vs Chase Bank trust*), in questa Rivista, 2004, 296, è la seguente: la moglie e i figli pretermessi dalle previsioni testamentarie ed esclusi dal disponente dalla posizione giuridica di Beneficiaries ottennero la dichiarazione di nullità del trust, dimostrando che il trustee, una Trust company, non aveva alcuna autonomia gestionale e seguiva regolarmente le istruzioni impartite dal Settlor. In tal caso, pertanto, è stata contestata la simulazione del trust (*Sham trust*). Nel particolare, la sentenza dispone: "The maxim (NdR "donner et retenir ne vaut") applies to this particular trust because there was both a don, in that there was a gift into trust and a rétention both on the construction of the settlement and because the late Kamel Abdel Rahman retained dominion and control over the trust fund throughout his lifetime. The settlement in this case was a sham in the sense that it was made to appear to be what it was not (...). Therefore, having taken into consideration the whole of the evidence and documentation, we were able to reach but a single and unanimous conclusion. KAR retained dominion and control over the trust fund throughout his lifetime. The settlement was a sham in the sense that it was made to appear to be what it was not. The don was a don to an agent or nominee. The trustee was never made the master of the asset. KAR intended to and in fact retained control of the capital and income of the trust fund throughout his lifetime and used the trust and the deed of appointment made under the trust to make testamentary dispositions. In our opinion, KAR's advisers and the trustee lent their services to the attainment of his wishes".

(29) Al riguardo, si evidenzia l'impostazione fornita dall'United States Tax Court del 30 ottobre 2000, secondo cui sono 4 i requisiti che determinano se un trust ha sostanza economica e pertanto sia da considerarsi legittimo:

(segue)

guente diretta imputabilità dei redditi al disponente”(30).

In seguito all'introduzione nell'ordinamento nazionale della disciplina di imposizione del reddito prodotto dai trust, l'Agenzia delle Entrate(31) ha precisato che: "... i beni facenti parte del patrimonio del trust non possono continuare ad essere a disposizione del disponente né questi può in nessun caso beneficiare dei relativi redditi. Non possono, quindi, essere considerati validamente operanti, sotto il profilo fiscale i trust che sono istituiti e gestiti per realizzare una mera interposizione nel possesso dei beni e dei redditi. È il caso, ad esempio dei trust nei quali l'attività del trustee risulti etero diretta dalle istruzioni vincolanti riconducibili al disponente o ai beneficiari. Inoltre ... di essenziale importanza è l'effettivo potere del trustee di amministrare e disporre dei beni a lui effettivamente affidati dal disponente. Ne consegue che quest'ultimo non può riservare a sé stesso né il potere né il controllo sui beni del trust in modo da precludere al trustee il pieno esercizio dei poteri dispositivi a lui spettanti in base al regolamento del trust o alla legge. Se, pertanto, il potere di gestire e disporre dei beni permane in tutto o in parte in capo al disponente e ciò emerge non soltanto dall'atto istitutivo del trust ma anche da elementi di mero fatto(32), e non si verifica il reale spossessamento di quest'ultimo il trust deve considerarsi inesistente dal punto di vista dell'imposizione dei redditi da esso prodotti. In altri termini, in tali casi il trust viene a configurarsi come struttura meramente interposta rispetto al disponente, al quale devono continuare ad essere attribuiti i redditi solo formalmente prodotti dal trust. Ciò comporta che tali redditi saranno assoggettati a tassazione in capo al disponente secondo i principi generali previsti per ciascuna delle categorie reddituali di appartenenza(33), ove quest'ultimo si configuri quale contribuente residente in Italia”.

Con riferimento alla generale nozione di “interposta persona”, l'Agenzia delle Entrate(34) era intervenuta precisando che la questione non potesse essere risolta in modo generalizzato, ma richiedesse un esame approfondito caso per caso, essendo direttamente connessa alle caratteristiche e alle modalità organizzative del soggetto interposto. A titolo esemplificativo, è stato chiarito che si deve considerare soggetto interposto “... una società localizzata in un Paese avente fiscalità privilegiata, non soggetta ad alcun obbligo di tenuta delle scritture contabili, in relazione alla quale lo schermo societario appare meramente

formale e ben si può sostenere che la titolarità dei beni intestati alla società spetti in realtà al socio...”.

L'Agenzia delle Entrate(35), inoltre, è intervenuta nel declinare la nozione di interposta persona sopra citata per i trust, individuando a titolo esemplificativo i seguenti casi d'interposizione:

- “trust revocabile”, in cui al disponente è attribuito il potere di far cessare il trust liberamente in ogni momento, generalmente a proprio vantaggio o anche a vantaggio di terzi(36);

Note:

(continua nota 29)

1. Il rapporto tra disponente e i beni in trust deve essere diverso, dopo l'istituzione del trust, rispetto al rapporto preesistente: ciò non si verifica qualora il disponente prosegua a dirigere l'azienda trasferita al trustee esattamente come era abituato a fare prima del trasferimento; in altre parole, qualora egli si comporti quale imprenditore individuale;
2. Il trustee deve essere soggetto indipendente rispetto al disponente e quindi svolgere il proprio ruolo (nel caso di specie esaminato dal giudice federale, il trustee non sembra avere assunto mai alcuna decisione né essersi interessato alla gestione);
3. I beneficiari del trust debbono essere realmente tali; l'anonimato delle società beneficiarie e il fatto che esse non abbiano mai ricevuto (né preteso) alcun significativo utile fa dubitare che questo requisito sia presente;
4. I limiti imposti dall'atto istitutivo a carico del disponente devono essere rispettati (nel caso di specie esaminato dal giudice federale ciò non si è verificato dato che il disponente ottiene linee di credito ed affidamento bancari senza neanche consultare il trustee sul quale l'atto istitutivo del trust rimetteva ogni decisione in proposito).
Come si evince l'approccio “antielusivo” USA al trust, è finalizzato a verificarne la realtà e punta più sul requisito dell'effettività economica che sulla nozione di simulazione (concetto prettamente civilistico e non familiare ai paesi di common law).

(30) Si evidenzia che già in tale sede, l'Amministrazione Finanziaria non ha fatto cenno ai poteri ed alle facoltà che la Convenzione comunque riconosce al disponente ed al trustee (quest'ultimo in qualità di beneficiario).

(31) Circ. Ag. Entrate n. 61/E del 27 dicembre 2010.

(32) Il riferimento agli “altri documenti successivi” contenuto nella norma, sembra considerare sia gli eventuali documenti di modifica del trust deed originario sia le letters of wishes, con le quali il Settlor esprime i propri desideri e le indicazioni relative alle regole di condotta che egli auspica che il Trustee segua nell'esercizio dei propri poteri. Tale elemento va valutato alla luce del secondo comma dell'art. 2 della Convenzione dell'Aja, che, in linea di principio, sancisce la compatibilità del trust con alcuni poteri e facoltà riservate al disponente o al trustee quale beneficiario. È evidente che tali attribuzioni devono essere valutate caso per caso, affinché nell'ambito del trust si realizzi la segregazione del patrimonio conferito e l'effettiva perdita di disponibilità da parte del disponente. In tale ambito si evidenzia che, in linea generale, è onere dell'Amministrazione finanziaria di provare la fondatezza dei fatti sui quali poggia la pretesa tributaria, in applicazione dei principi generali sul riparto dell'onere probatorio di cui all'art. 2697 del codice civile, pena la declaratoria di nullità del provvedimento impugnato.

(33) Circ. n. 61/E del 27 dicembre 2010.

(34) Come precisato nella circolare 4 dicembre 2001, n. 99/E.

(35) Circ. Ag. Entrate, n. 43/E del 2009.

(36) Successivamente, con riferimento al trust revocabile, la Circ. Ag. Entrate n. 48/E del 6 agosto 2007 ha precisato che in questa particolare

(segue)

- “trust non discrezionale”, in cui il disponente è titolare del potere di designare in qualsiasi momento se stesso come beneficiario;

- trust in cui il disponente (o il beneficiario) è titolare di significativi poteri in forza dell'atto istitutivo, in conseguenza dei quali il trustee, pur dotato di poteri discrezionali nella gestione ed amministrazione del trust, non può esercitarli senza il suo consenso;

- trust in cui il disponente è titolare del potere di porre termine anticipatamente al trust, designando se stesso e/o altri come beneficiari (cosiddetto “trust a termine”);

- trust in cui il beneficiario ha diritto di ricevere anticipazioni di capitale dal trustee.

L'elenco sopra individuato, appare “nominalistico” e rischia essere fuorviante, se adottato asetticamente senza tener conto degli approfondimenti che al riguardo sono stati forniti da autorevole dottrina(37) che, con maggiore precisione, ha puntualizzato la fattispecie come segue: “In tutte le ipotesi ... in cui il settlor (i) non solo coincide con il beneficiario, ma (ii) mantiene un pregnante potere di indirizzo e di gestione sull'attività del trustee, la stessa essenza del negozio di trust viene meno; con la conseguenza che non si integra nemmeno l'ipotesi di interposizione reale attuata attraverso il mandato senza rappresentanza, rimanendo in tale caso la proprietà del bene in capo al settlor. ... La conseguenza, ai fini fiscali, è la diretta imputazione dei redditi al settlor, alla stessa stregua del mandato con rappresentanza”.

Pertanto, è possibile resistere all'eventuale contestazione dell'interposizione del trust, ove essa sia fondata sul solo elemento formale dell'identità tra disponente e beneficiario, sulla base degli elementi di prova che seguono:

- atto pubblico di conferimento al trust di beni immobili o mobili registrati;

- risultati di indagini bancarie o finanziarie, che evidenziano che la disponibilità dei beni sia imputabile direttamente ed esclusivamente al trustee;

- corrispondenza e ulteriore documentazione (ivi compresi il libro degli eventi del trust);

- dichiarazioni rese da persone informate sui fatti.

D'altra parte, l'Agenzia delle Entrate, in risposta ad un interpello(38) in merito ai criteri di tassazione del “trust misto”(39), ha evidenziato che: “... il reddito accantonato sarà tassato direttamente in capo al trust, mentre il reddito spettante al beneficiario-disponente secondo le finalità del Trust (Assistenza economica allo stesso) sarà tassato direttamente in

capo a quest'ultimo per trasparenza e, dopo la sua morte, in capo agli eredi”. È evidente come, nel caso in esame, l'elemento formale della coincidenza tra il soggetto disponente e quello beneficiario, non ha assunto alcun rilievo, mentre l'analisi dell'Agenzia si è basata sulla reale rappresentazione dei fatti che hanno consentito di individuare nel capo di specie la rilevanza fiscale del trust, nonostante l'identità tra disponente e beneficiario(40).

Pertanto, ove dall'esame sostanziale della fattispecie, tramite prove documentali, sia dimostrabile che in capo al disponente si sia prodotto l'effettivo spossamento del patrimonio del trust, questo non può considerarsi interposto ai fini delle imposte sui redditi.

■ Residenza fiscale dei trust

In base alle norme vigenti(41) il trust, alla stregua di qualsiasi altro soggetto passivo Ires, si considera residente nel territorio dello Stato quando, per la maggior parte del periodo di imposta, risulti integrato almeno uno dei seguenti criteri di collegamento:

Note:

(continua nota 36)

tipologia di tale istituto “il disponente si riserva la facoltà di revocare l'attribuzione dei diritti ceduti al trustee o vincolati nel trust (nel caso in cui il disponente sia anche trustee), diritti, che, con l'esercizio della revoca rientrano nella sua sfera patrimoniale. È evidente come in tal caso non si abbia un trasferimento irreversibile dei diritti e, soprattutto, come il disponente non subisca una permanente diminuzione patrimoniale. Questo tipo di trust ... ai fini delle imposte sui redditi non dà luogo ad un autonomo soggetto passivo d'imposta cosicché i suoi redditi sono tassati in capo al disponente”.

(37) G. Scazzeri, *Aspetti elusivi del trust e normativa di contrasto*, in il fisco n. 18 del 3 maggio 2010, pag. 1-2817.

(38) Ris. n. 81/E del 7 marzo 2008.

(39) Il trust misto è un trust che presenta al contempo le caratteristiche dei trust trasparenti (con beneficiari individuati) e quelle dei trust opachi (senza beneficiari individuati i cui redditi vengono direttamente attribuiti al trust). A tale riguardo la Circ. Ag. Entrate n. 61 del 27 dicembre 2010, ha precisato che tale tipologia di trust si può palesare: “... quando l'atto istitutivo preveda che parte del reddito di un trust sia accantonata a capitale e parte sia invece distribuita ai beneficiari”.

(40) A tale riguardo si evidenzia che, una recente sentenza della Commissione Tributaria della Lombardia, 27 settembre 2012, n. 94/22/2012, in *Banca Dati BIG Suite*, IPSOA, in un caso di cessione di quote in seguito a conferimento di azienda ritenuta simulativa di una cessione di azienda finalizzata al risparmio dell'imposta di registro, ha statuito che se un'operazione è legittima ai fini delle imposte dirette, non può essere considerata elusiva ai fini del registro. Ove tale principio fosse condiviso anche dalla giurisprudenza definitiva della Cassazione, l'assolvimento dell'imposta di donazione all'atto della costituzione del trust, tutelerebbe il trust dalla contestazione di un'eventuale interposizione.

(41) Art. 73, comma 3, D.P.R. 917/19

- sede legale nel territorio dello Stato;
- sede dell'amministrazione nel territorio dello Stato;
- oggetto principale dell'attività svolta nel territorio dello Stato.

Considerando le caratteristiche del trust, il criterio di collegamento fondato sull'elemento formale della sede legale (sede di costituzione), che prescinde dal luogo e dal concreto esercizio dell'attività svolta, potrebbe dar luogo a risultati fuorvianti(42).

Il criterio di collegamento fondato sulla sede dell'amministrazione potrà essere adottato per quei trust che, nel perseguire il loro scopo, si avvalgono di un'apposita struttura organizzativa (dipendenti, locali, eccetera). In caso contrario, la sede dell'amministrazione del trust sarà identificata con il domicilio fiscale del trustee.

Nello stabilire, poi, se l'oggetto principale della attività – intesa, dunque, come attività di fatto esercitata – si trovi in Italia o all'estero, secondo un indirizzo giurisprudenziale(43) occorre tener conto del luogo in cui l'attività stessa viene svolta; tale luogo non deve essere necessariamente coincidente con quello in cui si trovano i beni principali posseduti dalla persona giuridica, dovendosi avere riguardo alle caratteristiche dell'attività svolta e alla natura dei beni posseduti, al fine di verificare se il loro utilizzo, ai fini dello svolgimento dell'attività dell'ente, richieda o meno una presenza in loco.

Tale indirizzo della giurisprudenza è stato disatteso dalla prassi dell'Agenzia delle Entrate(44), che è stata tranchant nell'individuare come segue il criterio di collegamento fondato sull'oggetto principale del trust:

- ove il patrimonio conferito nel trust sia costituito da immobili situati interamente in Italia, esso è considerato ivi residente;

- ove, invece, i beni immobili sono situati in Stati diversi occorre fare riferimento al criterio della prevalenza.

Nel caso in cui il patrimonio del trust sia di natura mobiliare o mista l'oggetto dovrà essere identificato con "l'effettiva e concreta attività esercitata". A tale riguardo, soccorre l'approccio di natura sostanziale insito nella definizione di oggetto principale, fornita dallo stesso legislatore(45) con riferimento agli enti residenti: "... l'attività essenziale per realizzare direttamente gli scopi primari indicati dalla legge, dall'atto costitutivo o dallo statuto". In particolare, la presenza dell'avverbio "direttamente" evidenzia

che l'attività rilevi nel Paese ove sia esercitata dall'ente in prima persona e non tramite soggetti terzi partecipati(46).

Un ulteriore criterio da invocare per individuare la residenza di un trust è il ricorso alle convenzioni per evitare le doppie imposizioni. Infatti, è possibile che i trust diano luogo a problematiche di tassazione transfrontaliera con eventuali fenomeni di doppia imposizione; ad esempio, un trust può realizzare il presupposto impositivo in più Stati, quando il trust fund sia situato in uno Stato diverso da quello di residenza del trustee e da quello di residenza del disponente e dei beneficiari. In particolare, il trust, alla stregua di un soggetto passivo IRES, ai fini convenzionali deve essere considerato come "persona diversa da una persona fisica"(47) anche se non espressamente menzionato nelle singole convenzioni(48).

In tema di risoluzione dei conflitti di attribuzione della residenza fiscale tra Stati contraenti nelle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni

Note:

(42) Consiglio Nazionale del Notariato Studio n. 22-2007/T Osservazioni sulla disciplina fiscale del trust nell'imposizione diretta (alla luce della finanziaria 2007).

(43) Nella sentenza della Cass. 10 dicembre 1974, n. 4172 in Rivista del Not., 1975, p. 947, si afferma che la collocazione di beni immobili in Italia non costituisce elemento sufficiente per collocarvi l'oggetto principale dell'attività di una società.

(44) Circ. Agenzia delle Entrate n. 48/E del 2007, par. 3.1

(45) Art. 73, comma 4, D.P.R. 917/1986

(46) Una conferma di tale tesi è fornita – seppur con riferimento all'imposta di successione – dalla Corte di Cassazione (Sent. 11 giugno 2007, n. 13579, in Corriere trib., 2007, 2353, D. Stevanato, che riprende Cass., 6 aprile 2004, n. 6799, in il fisco 1, 2004, 3743). Secondo la Suprema Corte, il principio secondo cui, ai fini dell'applicazione dell'imposta sulle successioni ad eredità il cui dante causa risieda all'estero, si considerano esistenti nel territorio dello Stato le azioni o quote di società aventi in quest'ultimo l'oggetto principale dell'impresa, non comporta che debbano essere considerati esistenti nel territorio dello Stato le azioni o quote di società costruite all'estero e che controllino una società italiana. Ciò, in quanto la semplice relazione di controllo non costituisce di per sé motivo sufficiente per far considerare la società controllata come stabile organizzazione in Italia della controllante estera, e nemmeno per affermare che la controllante abbia il proprio oggetto principale dell'attività in Italia, e debba quindi considerarsi ivi residente. Tale relazione di controllo costituisce tutt'al più un elemento indiziario, sfornito comunque di autonoma valenza probatoria, necessitando il riscontro di ulteriori circostanze gravi, precise e concordanti.

(47) Art. 4, comma 3, del Modello OCSE di Convenzione per evitare le doppie imposizioni.

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

(cd. “tie-break rule”) l’Agenzia delle Entrate(49), ha ricordato che, “in sede internazionale, ed in particolare nelle “osservazioni” contenute nel Commentario all’art. 4 del Modello OCSE, l’Amministrazione finanziaria Italiana si è – da sempre – preoccupata di salvaguardare i principî di effettività, richiamati nell’ordinamento domestico, ritenendo che la sede della “direzione effettiva” di un ente debba definirsi non soltanto come il luogo di svolgimento della sua prevalente attività direttiva e amministrativa, ma anche come il luogo ove è esercitata l’attività principale” (*place of effective management*).

Tale distinzione assume particolare rilevanza in *primis* per le holding di gestione delle partecipazioni, per le quali non bisogna confondere, ai fini della localizzazione, l’oggetto principale dell’attività d’impresa propria del soggetto controllante con quello delle società partecipate, né tantomeno con la collocazione dei beni da queste posseduti. La holding, infatti, viene a svolgere una propria attività economica autonoma e diversa da quella delle partecipate, consistente nell’esercizio della direzione e coordinamento delle partecipate (holding di gestione c.d. “pura”), e talora, in attività ausiliarie (di finanziamento, gestione della tesoreria, ecc.) a favore delle partecipate stesse (holding di gestione cd. “operativa”)(50). L’oggetto principale della holding si trova dunque nel luogo in cui tali attività vengono poste in essere, a prescindere dalla collocazione della sede delle partecipate(51). In virtù del sopra citato principio dell’effettività, ove le holding non effettuino alcuna attività di direzione e coordinamento e si limitino a detenere partecipazioni in società residenti in Italia, non svolgendo all’estero alcuna attività economica di particolare rilievo (c.d. holding passive), per l’Amministrazione finanziaria maggiori sono le possibilità di contestazione del cosiddetto fenomeno dell’“estero vestizione”(52).

In via analogica, l’approccio sostanziale sopra esposto, opera anche ai fini dell’individuazione della residenza fiscale dei trust. A tal riguardo, autorevole dottrina(53) ha evidenziato che nel caso in cui l’oggetto del trust (beni vincolati nel trust) sia costituito da una partecipazione in una società, per individuare l’oggetto è necessario riferirsi all’“effettiva e concreta attività esercitata”. Pertanto, è plausibile ritenere che sia possibile individuare l’oggetto di un trust nell’attività svolta dalle società direttamente o indirettamente partecipate. Se come oggetto del trust si considerano le partecipazioni in una holding, per in-

dividuare la residenza fiscale del trust, si dovrebbe avere riguardo alla composizione del patrimonio dell’holding stessa e, all’interno di esso, al peso degli investimenti nelle società operative risalendo, eventualmente, nella catena partecipativa. Se l’incidenza di questi investimenti, rispetto al totale delle attività patrimoniali possedute dalla società holding, è pre-

Note:

(49) Circ. Ag. Entrate n. 28/E del 4 agosto 2006, paragrafo 8.

(50) In senso conforme, vedasi Cass. 26 febbraio 1990 n. 1439, in Foro it., 1990, I, 1174: le “attività della holding, sia essa attività di direzione e coordinamento in sé e per sé considerata (holding pura), sia essa l’ulteriore attività in campo finanziario e ausiliario con cui il coordinamento si esplicita con espressioni negoziali (holding operativa) debbono essere esplicitate in via diretta e, di conseguenza, in nome proprio della capogruppo, così come l’attività di produzione e scambio delle società operative deve essere esplicitata in nome proprio delle stesse”. Nella stessa pronuncia viene altresì affermato che la “holding, pur non esercitando direttamente alcuna attività di produzione o scambio di beni o di servizi pur tuttavia realizza un’attività di partecipazione ad attività di produzione o scambio, con la conclusione che lo scopo di partecipare ad attività imprenditoriale può essere sufficiente, non solo ai fini dell’art. 2247, ma anche a quelli dell’art. 2082 e 2195 c.c., facendo qualificare come commerciale lo scopo della società... Attraverso la controllata la controllante soddisfa il proprio interesse, in quanto è attraverso la controllata che essa svolge, sempre in modo mediato ed indiretto, una propria attività economica. La capogruppo, quindi, è imprenditore per il fatto di esercitare attività imprenditoriale nella sua completezza, in una fase in via diretta, in altra fase in modo mediato e indiretto”. Viene così evidenziato come la posizione della holding sia diversa da quella assunta dal socio, in quanto la prima esercita una propria attività di direzione e coordinamento delle partecipate, che non è invece riscontrabile in testa al soggetto che assuma semplicemente la posizione di socio. Analogamente, la stessa Corte di Cassazione ha attribuito natura imprenditoriale all’attività di controllo e coordinamento esercitata da una holding c.d. personale, in quanto, anche in questo caso l’attività da essa esercitata non si limitava all’esercizio dei poteri connessi alla posizione di socio. La Suprema Corte, infatti, nella sentenza n. 12113 del 9 agosto 2002, ha ribadito la validità “... dei principî enunciati in un noto precedente di questa Corte (Cass., 26 febbraio 1990, n. 1439 in Foro it., 1990, I, 1174)...che ha ammesso la configurabilità di un’autonoma impresa, come tale assoggettabile a fallimento, nel caso della c.d. ‘holding’ di tipo personale, che ricorre quando una persona fisica, che sia a capo di più società di capitali in veste di titolare di quote o partecipazioni azionarie, svolga professionalmente, con stabile organizzazione, l’indirizzo, il controllo ed il coordinamento delle società medesime (non limitandosi così al mero esercizio dei poteri inerenti alla qualità di socio)”.

(51) Sempre secondo Assonime (Circolare n. 67, 31 ottobre 2007, nota 15), l’attività di direzione e coordinamento esercitata dalla holding posta al vertice di un gruppo societario, ... è tipicamente una attività di direzione strategica del tutto distinta dall’attività sostanziale di gestione dell’impresa “a valle”, della quale rimangono titolari le società controllate. La società capogruppo, infatti, non si ingerisce in quanto tale nell’attività di gestione delle società facenti parte del gruppo giungendo ad esercitare in proprio la loro attività di impresa, bensì si limita ad esercitare un’attività di coordinamento e direzione che deontologicamente diversa da quella delle controllate. Dunque, non è possibile, di per sé, affermare in modo attendibile che l’oggetto sociale e/o la sede della amministrazione si collochino in Italia per effetto del controllo.

(52) Vedi *infra*.

(53) P. Valente: “Esteroinvestizione e residenza”, Ed. IPSOA, 2013, Capitolo 12, paragrafo 12.1.3.

ponderante, è facile identificare l'oggetto dell'holding, e conseguentemente l'oggetto (l'attività) del trust con quello delle sue partecipate (anche indirettamente) operative. Per questa via, l'Amministrazione finanziaria potrebbe attrarre a residenza in Italia un trust, ancorché formalmente estero, quando il suo patrimonio è costituito esclusivamente o, quanto meno prevalentemente, da partecipazioni in società operative residenti anche se possedute in via indiretta.

Conseguentemente, nel caso in cui un trustee estero controlli una società holding anch'essa di diritto straniero, la quale per il tramite di un'adeguata struttura concretamente eserciti un'attività di direzione e coordinamento di una o più società operative italiane(54), sia la holding che il trust non devono essere considerati residenti in Italia. Ove manchi sia la struttura che l'effettivo esercizio di un'attività di direzione e coordinamento, l'oggetto della holding estera, al pari di quello del trust, può essere individuato nella concreta attività posta in essere in Italia dalle singole società quivi partecipate.

L'ordinamento tributario(55), con la finalità antielusiva di contrastare possibili fenomeni di fittizia localizzazione dei trust all'estero, detta una presunzione relativa (in quanto è fatta salva la prova contraria) di residenza fiscale dei trust. Infatti, si considerano residenti nel territorio dello Stato i trust che seguono, istituiti in Paesi che non consentono lo scambio di informazioni(56):

I trust con beneficiario individuato (e gli istituti aventi analogo contenuto(57), quando almeno uno dei disponenti ed almeno uno dei beneficiari siano fiscalmente residenti nel territorio dello Stato;

ove, successivamente alla costituzione, un soggetto residente trasferisca a favore del trust (i) la proprietà di un bene immobile sito in Italia, o di diritti reali immobiliari connessi a beni siti in Italia, ovvero (ii) costituisca a favore dello stesso dei vincoli di destinazione sugli stessi beni e diritti. In tali casi, è proprio l'ubicazione degli immobili in Italia che crea il collegamento territoriale e giustifica la residenza in Italia del trust.

Con particolare riferimento alla fattispecie di cui alla precedente lettera a), entrambe le condizioni ivi esposte devono verificarsi congiuntamente affinché scatti la presunzione. A tale fine è rilevante 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 l'interpretazione

dell'Agenzia delle Entrate(58), non sembra necessario che la residenza italiana del disponente e del beneficiario sussistano con riferimento allo stesso periodo d'imposta; secondo tale interpretazione, la residenza del disponente, in considerazione della natura istantanea dell'atto di disposizione, rileva nel periodo d'imposta in cui questi ha stipulato l'atto di disposizione a favore del trust. Eventuali cambiamenti di residenza del disponente in periodi d'imposta diversi sono irrilevanti. Quanto al beneficiario, la sua residenza fiscale 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(59).

Note:

(54) "... là dove una società (holding di vertice o intermedia) possieda partecipazioni in altre società in misura tale da attribuire il potere di influenzare e dirigerne l'attività, l'esercizio dello stesso in funzione della soddisfazione di esigenze che possono trascendere quelle delle singole società, al limite anche condurre al loro sacrificio, costituisce un elemento fisiologico, ma non può risolversi in un pregiudizio per i soggetti portatori dello specifico interesse alla conservazione dell'integrità patrimoniale delle singole società ... Pertanto, oltre a dedurre elementi idonei a rappresentare l'effettiva sussistenza della sede amministrativa nel Paese di residenza, è necessario dare evidenza degli elementi di fatto che hanno integrato gli impulsi direttivi da parte della capogruppo italiana, onde ricondurli al concetto di direzione e coordinamento del gruppo piuttosto che al concetto di amministrazione separata di singole società del gruppo. Ai fini della residenza fiscale è opportuno considerare il concreto estrinsecarsi dell'attività di direzione e coordinamento della società capogruppo, vale a dire valutare se da questa sono state impartite solite indicazioni strategiche nei confronti dell'intero gruppo, ... Siffatta impostazione implica che quelli che sono stati definiti genericamente "impulsi direttivi" vengano puntualmente qualificati come "direttive della controllante" e non come "attività di amministrazione della controllata (specie nelle fattispecie rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 73, comma 3, TUIR)" P. Valente: "Esterovestizione e residenza" (Ed. Ipsoa - 2013), Cap. 2.

(55) Art. 73, comma 3, D.P.R. 917/1986.

(56) Paesi non inclusi nella cosiddetta white list approvata con decreto del Ministro delle finanze 4 settembre 1996, e successive modificazioni.

(57) La norma menziona gli "istituti aventi analogo contenuto" a quello di un trust. Il legislatore, in questo modo, ha voluto 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 si deve fare riferimento agli elementi essenziali e caratterizzanti dell'istituto del trust già esposti al paragrafo 1.

(58) Circ. Agenzia delle Entrate, n. 48 del 6 Agosto 2007, par. 3.1

(59) Per completezza di esposizione, si deve evidenziare che, ove l'interpretazione della norma in commento, fondata sulla "natura istantanea" dell'atto di disposizione, fosse utilizzata anche per individuare l'appartenenza o meno del Paese in cui risulta istituito il trust ai cosiddetti "paradisi fiscali", si arriverebbe ad un risultato completamente sistematico. A tale riguardo, occorre evidenziare che la ratio della norma in commento è di garantire all'amministrazione fiscale Italiana l'adeguato

(segue)

Ove risultino integrate tali fattispecie, tutti i redditi del trust, ovunque prodotti, saranno attratti a tassazione in Italia, secondo il principio del *worldwide income*.

In tale ambito occorre, inoltre, analizzare come i limiti della vigente disciplina tributaria delle cosiddette *Controlled Foreign Companies* (d'ora innanzi *CFC*) si coordina con quella dei trust.

Come noto, in applicazione della disciplina fiscale delle *CFC*(60), i redditi conseguiti dal soggetto estero partecipato, anche in assenza di effettiva distribuzione, sono attribuiti "per trasparenza"(61) in capo al soggetto residente nel territorio dello Stato che ne detiene il controllo. L'Agenzia delle Entrate(62) ha esteso tale disciplina, anche ai casi di partecipazioni di controllo e/o di collegamento in società aventi sede in Stati a fiscalità privilegiata(63), detenute per interposta persona anche per il tramite di trust "non discrezionali", estendendo il regime di trasparenza in capo ai beneficiari di detti trust.

Conseguentemente, al fine di attribuire la residenza fiscale in Italia ad un trust non residente, che non risulti interposto, non sembra sufficiente che il patrimonio dello stesso sia costituito da partecipazioni in Società residenti. Diversamente, qualora le partecipazioni fossero in una società considerata *black list*, o costituente una "holding passiva" la residenza fiscale del trust deve essere individuata in base alla concreta attività esercitata dalle società partecipate.

■ Esterovestizione del trust

L'individuazione della residenza fiscale dei singoli contribuenti rappresenta un tema di cruciale rilevanza in materia di fiscalità internazionale. Infatti, dalla residenza fiscale in Italia consegue che un soggetto sia ivi assoggettato a tassazione per i redditi ovunque prodotti nel mondo, in virtù del citato principio della tassazione dell'utile mondiale o "*world wide taxation*". Ne consegue la possibilità di riscontrare patologiche pratiche evasive consistenti nell'ubicare fittiziamente all'estero la residenza fiscale di un soggetto economico. Tale fenomeno è noto con l'espressione "esterovestizione societaria", con cui si indica un fenomeno dissociativo fra residenza formale e residenza sostanziale, posto in essere al fine di beneficiare di un regime fiscale più vantaggioso rispetto a quello del Paese di effettiva appartenenza(64).

Con l'obiettivo di contrastare i sopra citati fenomeni "patologici" di evasione, il legislatore ha dota-

to l'ordinamento di un meccanismo presuntivo(65) che comporta un'inversione dell'onere della prova in ordine alla collocazione in Italia della sede amministrativa per la maggior parte del periodo di imposta, e, dunque, in ordine alla residenza fiscale, in due fattispecie:

quella in cui il soggetto estero controlli una società o un ente italiano (cosiddetto controllo attivo) e sia a sua volta controllato da soggetti residenti in Italia (cosiddetto controllo passivo);

quella in cui il soggetto estero controlli una società o un ente italiano e sia amministrato in prevalenza da soggetti residenti in Italia.

In tali fattispecie, a giudizio del nostro legislatore, appare particolarmente evidente l'esistenza di un attendibile, nonché stabile, collegamento territoriale della società estera con il nostro Paese.

Quanto al controllo passivo, ossia quello cui è sottoposto il soggetto estero vestito, la norma, rinviando alle disposizioni di natura civilistica(66), incorpora le nozioni giuridiche di controllo di diritto e di fatto, tramite vincoli contrattuali che paiono

Note:
(continua nota 59)

scambio d'informazione in merito al patrimonio ed ai soggetti che hanno costituito dei trust in un paese estero. Conseguentemente, ove successivamente all'istituzione del trust, il Paese originario di costituzione, qualificato in quel momento come paradiso fiscale, venisse incluso nella lista dei cosiddetti paesi *white list* - o alternativamente il trust, in qualsiasi modo (cambio del trustee o trasferimento della sede dello stesso) si trasferisse in un Paese che assicura lo scambio di informazioni - l'applicazione della norma antielusiva in commento da parte degli organi accertatori potrebbe essere contestata per carenza del presupposto territoriale. È evidente che tale strategia difensiva potrebbe essere fatta valere solo in sede di contenzioso tributario, solo con riferimento al periodo d'imposta in cui il trust è divenuto residente in un Paese *white list* e per quelli successivi. Per i periodi d'imposta precedenti, ancora fiscalmente suscettibili d'accertamento, il meccanismo antielusivo sopra citato continua ad essere legittimamente applicabile da parte dell'amministrazione finanziaria.

(60) Artt. 167 e 168 D.P.R. 917/1986.

(61) La disciplina dispone alcune esimenti e differenti criteri di tassazione a seconda che la partecipazione sia di controllo o di collegamento, che in questa sede si omettono per brevità di trattazione.

(62) Agenzia delle Entrate, Risoluzioni n. 400/E, del 23 ottobre 2008 e 427/E del 10 novembre 2008.

(63) Paesi *black list*, di cui al D.M. 21.11.2001.

(64) M. Thione e M. Bargagli: "Presunzione di esterovestizione e reiterabilità del meccanismo presuntivo lungo la catena partecipativa", in *il fisco*, 2011, n. 18.

(65) Art. 73, comma 5-bis, del D.P.R. n. 917/1986.

(66) Art. 2359 Cod. Civ.

sostanzialmente riferibili, salvo l'ultima, a fattispecie di dominio delle assemblee di società di capitali.

A tale riguardo, Assonime(67) ha rimarcato che tale la nozione di esteroinvestizione sembra porsi in termini alquanto problematici per tutte le società o enti di diritto estero che non siano comunque suscettibili di essere controllati per il tramite del governo delle decisioni assembleari (comprese, ad esempio, le fondazioni, i trust e le società assimilabili a quelle di persone o alle cooperative)(68).

Secondo l'interpretazione dell'Agenzia delle Entrate(69) la norma potrebbe divenire applicabile anche nelle ipotesi in cui tra i soggetti residenti controllanti e controllati si interpongano più subholding estere. Più precisamente, qualora l'Amministrazione finanziaria applichi efficacemente il meccanismo presuntivo su una società estera che direttamente controlla una società italiana, la presunzione potrà essere applicata anche per la società estera inserita nell'anello immediatamente superiore della catena societaria; quest'ultima si troverà, infatti, a controllare direttamente la subholding estera, considerata dall'Amministrazione finanziaria residente in Italia. In sintesi, ciò significa che la presunzione legale relativa può operare "verso l'alto": il Fisco, dopo aver efficacemente applicato il meccanismo presuntivo nei confronti dell'ultimo anello della catena societaria (ossia la società estera che detiene direttamente partecipazioni di controllo in soggetti italiani ed ea sua volta controllata, anche indirettamente, da soggetti residenti nel territorio dello Stato) potrà "risalire" reiterando il meccanismo presuntivo anche nei confronti della subholding controllante il soggetto "esteroinvestito": "...visto che questa si ritroverà, per effetto della presunzione, a controllare direttamente la subholding divenuta, in virtù della presunzione, residente in Italia"(70).

■ La riforma del monitoraggio fiscale

La stampa specializzata, lo scorso Dicembre 2012, ha dato notizia di uno schema di Decreto legge che, a fronte di un procedimento d'infrazione della Commissione Europea contro il rischio di applicare "sanzioni improprie, ovvero sproporzionate rispetto all'adempimento"(71), aveva l'intento di riformulare le sanzioni attinenti le violazioni del quadro RW. Tali norme erano originariamente contenute nello

schema di decreto "Salva-infrazioni" ma non sono state definitivamente trasposte nel testo del relativo DL n. 216/2012.

Più recentemente, tali disposizioni sono state riproposte nel disegno di Legge Europea per il 2013, approvato dal Consiglio dei Ministri lo scorso 27 Marzo 2013 e definitivamente trasposto in legge dal Parlamento in data 31 luglio 2013(72).

Secondo la nuova norma, il quadro sanzionatorio relativo al quadro RW si declina come segue:

(i) la mancate comunicazioni da parte degli intermediari finanziari, sarà punita con una sanzione amministrativa dal 10 al 25% dell'importo dell'operazione non segnalata;

(ii) la violazioni del quadro RW commesse dai contribuenti che detengono investimenti all'estero o attività di natura finanziaria suscettibili di produrre redditi imponibili in Italia, sarebbero state punite con una sanzione amministrativa dal 3 al 15% dell'ammontare degli importi non dichiarati. Nel caso in cui le attività finanziarie non segnalate fossero detenute in paradisi fiscali, raddoppiano le sanzioni percentuali sopra citate (dal 6 al 30%). Rimasta confermata la sanzione in misura fissa di 258 euro nel caso in cui il contribuente avesse presentato la dichiarazione sulle attività detenute all'estero entro 90 giorni dal termine.

Nel riformulare il quadro sanzionatorio, il provvedimento in esame, riformula anche gli obblighi legati al monitoraggio fiscale, nell'ambito di un processo di semplificazione di compilazione del modulo RW; in particolare scompariranno le sezioni I (trasferimenti attraverso non residenti senza il tramite di intermediari italiani) e la sezione III (trasferimenti da, verso e sull'estero); conseguentemente la dichiarazio-

Note:

(67) Assonime, Circ. 67, 31 ottobre 2007, par. 3.3.

(68) Secondo Assonime (Circ. 67, 31 ottobre 2007, par. 3.3) in questi casi, potrebbe forse residuare la possibilità di invocare la sussistenza di un controllo esercitato sul soggetto estero per il tramite di vincoli contrattuali - a prescindere dall'influenza sulle decisioni assembleari - pur con le difficoltà di prova legate a questa fattispecie e derivanti dalla ricostruzione della situazione di fatto.

(69) Circ. Ag. Entrate, n. 28/E del 4 agosto 2006, paragrafo 8.1,

(70) Assonime, Circ. 67 del 31 ottobre 2007, par. 3.2

(71) Caso Eu Pilot 1711/11/TAXU.

(72) Al momento di andare in stampa la legge non è stata ancora pubblicata in Gazzetta Ufficiale.

ne del monitoraggio fiscale a carico del contribuente (quadro RW) rimarrà circoscritta alla sola compilazione della sezione II (consistenza degli investimenti all'estero e delle attività estere di natura finanziaria).

A fronte dell'evidente semplificazione in materia di adempimenti, le nuove norme introducono una notevole complicazione: gli obblighi connessi alla dichiarazione degli investimenti e delle attività all'estero, saranno estesi anche a quelle persone fisiche, individuati quali titolari effettivi dell'investimento, ai sensi della disciplina dell'antiriciclaggio(73).

Con particolare riferimento ai trust, tale riforma genererà effetti distorsivi, ove coordinata con il contenuto del Provvedimento Banca d'Italia del 3 Aprile 2013, recante disposizioni attuative in materia di adeguata verifica alla clientela(74), che individua il titolare effettivo dei trust rispettivamente: *a*) nelle persone fisiche beneficiarie del 25% o più del patrimonio della fondazione o del trust, qualora i futuri beneficiari siano già stati determinati; viceversa, qualora i beneficiari non risultino ancora determinati, nella categoria di persone nel cui interesse principale il trust è istituito o agisce; *b*) nella persona o per-

soni fisiche che esercitano, singolarmente o in modo congiunto, il controllo sul 25% o più del patrimonio della fondazione o del trust; *c*) se diverso, in ciascun trustee del trust, se non già identificato come cliente o esecutore.

La nuova disciplina introduce una distorsione nell'ambito dell'ordinamento tributario ove identifica una potenziale capacità contributiva, cui consegue un obbligo di dichiarazione (con annesse sanzioni d'importo comunque rilevante), in capo a soggetti (i beneficiari di un trust) che non solo non hanno alcuna titolarità del patrimonio sottostante, né vantano rispetto allo stesso alcuna disponibilità(75) (fatta eccezione per il caso del trustee) ma che non è nemmeno detto che siano a conoscenza del proprio status di "soggetto beneficiario".

Note:

(73) Art. 2 dell'allegato Tecnico al D.Lgs. 231/2007.

(74) Art. 7, comma 2, del D.Lgs. 231/2007.

(75) Vedi *supra*.

Italia – Corte di Cassazione

Successione ereditaria, trust e giurisdizione del giudice italiano

Successione ereditaria – successione apertasi in Italia – *petitio hereditatis* – trustee esteri – giurisdizione del giudice italiano – sussiste

Qualora la figlia proponga un'unica azione per l'accertamento della propria qualità di erede e di divisione dell'asse ereditario contro la moglie del padre, cittadino italiano defunto nel Principato di Monaco, nonché contro i trustee dei trust di Jersey istituiti dal *de cuius* per la resa del conto ed il risarcimento del danno, sussiste la giurisdizione del giudice italiano ex art. 50 Legge 31 maggio 1995 n. 218, essendo il *de cuius* cittadino italiano al momento della morte, tanto sulla domanda principale di *petitio hereditatis* quanto sulla causa di rendiconto, che può essere conosciuta *incidenter tantum*.

■ **Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, P. Vittoria, Primo Pres., L.A. Rovelli, Pres., P. D'Alessandro, Rel., ordinanza, 15 marzo 2012, n. 4132 – [C.B. c H.C.C.M. c Investec Trust (Jersey) Limited, Investec Co-Trustees (Jersey) Limited, Investec Trustees (Jersey) Limited c C.L.]**

TESTO DELL'ORDINANZA

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO – MOTIVI DELLA DECISIONE

Ritenuto che C.B. ha proposto domanda di petizione di eredità davanti al giudice italiano (nella specie, il Tribunale di Milano) per la successione dal padre, C.P., cittadino italiano (come è incontestato) deceduto nel Principato di Monaco nel 2001;

che a tal fine ha convenuto in giudizio la terza moglie di C.P., H.C.C.M., C.A., figlia minore nata dal matrimonio della stessa con il *de cuius*, il proprio fratello C.L., l'avv. A.E. di Lugano, nei cui confronti ha successivamente rinunciato agli atti del giudizio, tre società di diritto delle Isole della Manica che gestiscono i trusts costituiti in vita dal defunto e l'amministratore di tali società, chiedendo - previa, "ove occorra", declaratoria di nullità, annullabilità, inefficacia o in subordine rescissione degli accordi transattivi intercorsi in Montecarlo nel 2004 - l'accertamento della propria qualità di erede e la divisione dell'asse;

che nei confronti dei trusts e del loro amministratore l'attrice ha chiesto la resa del conto e l'eventuale risarcimento del danno;

che prima che la causa dinanzi al Tribunale di Milano sia decisa nel merito l'attrice propone ricorso per regolamento di giurisdizione, illustrato da successiva memoria;

che resiste con controricorso, illustrato da successiva memoria, H.C.C.M., la quale, dedotta l'esistenza di una transazione tra le parti in data 23 luglio 2004, nel quale è stabilita la giurisdizione dei Tribunali di Monaco in caso di controversie, nega l'applicabilità alla fattispecie della L. n. 218 del 1995, art. 50 - invocato dalla ricorrente - assumendo l'applicazione dell'art. 4, secondo cui è ammessa la deroga convenzionale alla giurisdizione italiana in materia di diritti disponibili;

che resistono con distinti e identici controricorsi, illustrati da successive memorie, la Investec Trust (Jersey) Limited, da un lato, la Investec Trustees (Jersey) Limited e la Investec Co-Trustees (Jersey) Limited, dall'altro, chiedendo, in via di asserito ricorso incidentale, il riconoscimento della giurisdizione dei Tribunali dell'Isola di Jersey;

che resiste con analogo controricorso, pure illustrato da successiva memoria, B.P., amministratore dei trustees, chiedendo anch'egli il riconoscimento della giurisdizione dei Tribunali dell'Isola di Jersey;

che ai ricorsi incidentali della Investec Trust (Jersey) Limited, della Investec Trustees (Jersey) Limited, della Investec Co-Trustees (Jersey) Limited e di B.P. resiste con controricorso C.B.

Considerato che, riguardo alla causa principale, sussiste la giurisdizione del giudice italiano ai sensi della L. 31 maggio 1995, n. 218, art. 50, secondo cui, in materia successoria, sussiste la giurisdizione italiana se il de cuius era cittadino italiano al momento della morte;

che, ai fini del decidere, appare centrale la questione relativa alle modalità di determinazione dell'oggetto del contendere, se cioè debba aversi soltanto riguardo alle domande attoree (che senza dubbio alcuno configurano una petizione di eredità) o anche alle difese della convenuta H.C., secondo cui i diritti ereditari vantati dall'attrice sarebbero venuti meno per effetto della transazione stipulata dai coeredi;

che questa Corte ha in passato ritenuto, con giurisprudenza costante, che allorché l'attore ponga a fondamento della domanda un rapporto giuridico e sorga questione sulla esistenza e validità di questo, tale questione può essere conosciuta incidenter tantum dal giudice, e quindi senza effetto sulla giurisdizione;

che in particolare, allorché il convenuto deduca l'esistenza di una transazione, questa Corte ha ritenuto che la questione relativa alla validità di questa possa essere conosciuta incidenter tantum (Cass. 15 febbraio 1972 n. 409; Cass., SSUU 17 febbraio 1983, n. 1194; Cass., SSUU 27 ottobre 2008, n. 25875);

che nella ordinanza n. 25875 del 2008, relativa a fatti-

specie del tutto analoga a quella per cui è causa, si è altresì evidenziato, quanto alla causa di rendiconto, che vi è un "evidente rapporto di connessione da pregiudizialità della causa di rendiconto rispetto a quella principale di petitio haereditatis, con conseguente attrazione della prima nell'orbita di quest'ultima, con conseguente individuazione (...) della competenza giurisdizionale del Giudice italiano";

che la giurisdizione del giudice italiano sussiste dunque anche nei confronti dei tre trusts e del loro amministratore;

che la tesi di costoro, secondo cui la giurisdizione del giudice italiano dovrebbe comunque negarsi per essere territorialmente incompetente il Tribunale di Milano, è, a tacer d'altro, non provata quanto alla dedotta incompetenza territoriale (a pag. 42 della citazione l'attrice - diversamente da quanto dedotto - non dice affatto che C.L. risieda a (OMISSIS), affermando al contrario che egli risiede a (OMISSIS));

che le spese del presente giudizio possono essere compensate, attesa la natura, la complessità e la rilevanza delle questioni trattate.

P.Q.M.

la Corte, a Sezioni Unite, decidendo sul ricorso, dichiara la giurisdizione del giudice italiano; spese compensate.

Italia – Tribunale di Firenze

Revocatoria di atti dismissivi del patrimonio del debitore

TESTO DELLA NOTA

La controversia nasce in seguito ad un atto di cessione di quote societarie, eseguito il 15 gennaio 2007, che vede come protagonisti il Viola e la Prisma Trust Fiduciaria Srl come cedenti e la Bianco Srl, in persona dell'amministratore delegato Giovanni Bianco, come cessionario. Oggetto della cessione erano le quote della Minerali SpA: in particolare il Viola cedette il 60% per un prezzo di 1.250.000 euro e la Prisma Trust il 20% per un prezzo di 350.000 euro. Parte del prezzo fu pagato contestualmente alla cessione, parte fu frazionato, più precisamente cambializzato a mezzo di titoli avallati da Giuseppe e Giovanni Bianco, rispettivamente padre e figlio. Il 27 novembre 2009 la Prisma Trust trasferì alla Bianco Srl il restante 20% della Minerali Spa per un prezzo di 650.000 euro. A far data dal 31 marzo 2010 la Bianco Srl ha cessato i pagamenti programmati nell'atto di cessione del 2007 lasciando parzialmente insoddisfatti il Viola e la Prisma Trust.

La richiesta della tutela cautelare, azionata dal Viola e dalla Prisma trust con due separati giudizi, nasce da una serie complessa di atti dispositivi posti in essere dal Giovanni e Giuseppe Bianco aventi ad oggetto i loro patrimoni. Più precisamente il 12 febbraio 2010 Giovanni Bianco:

- ha costituito il trust "Bianco 1", avente ad oggetto le sue partecipazioni nella Immobiliare Matisse s.r.l., pari al 33% del capitale sociale, e nella Dora Verde s.r.l., pari all'80% del capitale sociale, regolato dalla legge dell'isola di Guernsey, e del quale è trustee suo padre Giuseppe, guardiano sua moglie Luisa Porpora ed unico beneficiario il figlio Junior;

- ha donato al figlio Junior le sue partecipazioni nella Ortoinfioro s.r.l., pari al 45% del capitale sociale, e nella Effe Energia s.r.l., pari a nominali euro 10.026,00 e quindi al 10% del capitale sociale.

- in data 26/2/2010 ha costituito il trust autodichiarato "Bianco 4", avente ad oggetto il suo patrimonio immobiliare, regolato dalla legge dell'isola di Guernsey, e del quale è trustee egli stesso, guardiano

sua moglie Luisa Porpora ed unico beneficiario il figlio Junior.

Ugualmente Giuseppe Bianco, dopo aver parimenti avallato le cambiali emesse a seguito della cessione, si è completamente spossessato del suo patrimonio, in quanto:

- con atto del 12/2/2010, ha segregato la sua partecipazione nella Immobiliare Matisse s.r.l., pari al 34% del capitale sociale, in un trust regolato dalla legge dell'isola di Guernsey e denominato "Bianco 2", del quale è trustee suo figlio Giovanni, guardiano la moglie di quest'ultimo Luisa Porpora ed unico beneficiario il nipote *ex filio* Junior;

- con atto del 26/2/2010 stipulato anche da sua moglie Fiorella Santi, ha costituito tutte le sue proprietà immobiliari in fondo patrimoniale.

Va aggiunto altresì che in data 12/2/2010 Fiorella Santi, rimasta estranea al suddescritto fenomeno di spossessamento familiare, pur non avendo personalmente assunto alcun debito (ella però – si badi – è stata in comunione legale con il marito fino al 12/2/2010) ha fatto oggetto la sua partecipazione nella Immobiliare Matisse s.r.l., pari al 33% del capitale sociale, di un trust regolato dalla legge dell'isola di Guernsey e denominato "Bianco 3", del quale è trustee suo figlio Giovanni, guardiano Giuseppe Bianco ed unico beneficiario il nipote *ex filio* Junior.

Sia la Prisma Trust che il Viola separatamente presentano due ricorsi finalizzati entrambi alla concessione di provvedimenti cautelari in relazione ai procedimenti da instaurare *ex art.* 2901 cod. civ. per far dichiarare l'inefficacia degli atti dispositivi compiuti da Giovanni e Giuseppe Bianco. Entrambi i ricorrenti richiedono la concessione di un sequestro *ex art.* 2905, co. 2, cod. civ. con riferimento agli atti aventi ad oggetto le partecipazioni azionari per le quali non sono previste forme di pubblicità delle domande giudiziali idonee ad assicurare una tutela equipollente a quella prevista dalla trascrizione delle stesse per i beni immobili e mobili registrati. Essi con il

I nomi delle parti sono stati sostituiti con nomi di fantasia.

primo ricorso *ante causam*, in relazione all'instaurazione dell'azione revocatoria nei confronti del trust Bianco 2, hanno chiesto il sequestro conservativo della partecipazione nella Immobiliare Matisse Srl nei confronti del trustee Giovanni Bianco; con il secondo ricorso *ante causam*, presentato contemporaneamente al primo, in relazione all'instaurazione del giudizio di nullità/revocatoria del trust Bianco 1 e della donazione Giovanni-Junior Bianco, hanno chiesto il sequestro conservativo della partecipazioni nella Immobiliare Matisse Srl e nella Dora Verde nei confronti di Giuseppe Bianco trustee del trust Bianco 1 e della Ortoinfiores Srl e della Effe Energia srl nei confronti di Junior Bianco.

Il Tribunale di Firenze (sentenza del 30 luglio 2010) ha riunito i due ricorsi presentati dal Viola e dalla Prisma Trust ed ha emesso due provvedimenti di sequestro conservativo *ex art* 671 cod. proc. civ., non ritenendo dimostrata l'esistenza di altri beni aggredibili in capo ai resistenti, la cui presenza soltanto potrebbe rendere neutra o irrilevante la costituzione del trust. Il sequestro è stato accolto sui beni di Giovanni e Giuseppe Bianco, mentre non è stato disposto quello sui beni di Junior Bianco in quanto non obbligato per il pagamento dei crediti a cautela dei quali hanno agito i ricorrenti.

Avverso tali provvedimenti hanno presentato reclamo il Viola e la Prisma Trust.

Il Tribunale di Firenze (ordinanza del 9 novembre 2010 – avanti *sub* 1.) dopo aver esaminato la sussistenza del *fumus boni iuris*, del *periculum in mora* e del *consilium fraudis* in accoglimento dei reclami concede il sequestro conservativo delle partecipazioni societarie nei confronti di Giovanni, Giuseppe e Junior Bianco.

Successivamente il Viola e la Prisma Trust hanno proposto le azioni di merito miranti alla revocatoria *ex art*. 2901 cod. civ. Rispettivamente il Viola avverso i trust denominati Bianco 1 e Bianco 4 e contro la donazione effettuata da Giovanni Bianco al figlio Junior, la Prisma Trust avverso il trust Bianco 4. Queste domande sono state accolte dai giudici del Tribunale di Firenze (con sentenze dell'11 dicembre 2012, dell'11 aprile 2013 – avanti *sub* 3. – e del 16 maggio 2013 – avanti *sub* 2.).

Si noti che entrambi i creditori avevano anche proposto, nei medesimi giudizi di merito, la domanda di nullità avverso i predetti trust ritenendoli affetti da tale invalidità perché trattasi di trust interno e autodichiarato, perché non mirante a realizzare interessi meritevoli di tutela *ex art*. 2645 ter cod. civ. e, ai sensi dell'art. 1419 cod. civ., per la supposta nullità di alcune clausole che per opportuna conoscenza del lettore riportiamo in coda alle decisioni dei giudici. In tutti i giudizi le domande di nullità sono state ritenute non fondate.

(S.D.P.)

1. Sequestrabilità di beni oggetto di trust – *lex fori* – sequestro *ex art*. 2905, co. 2, cod. civ. – tutela dell'attore

L'atto di trasferimento dei beni dal disponente al trustee è assoggettato, secondo il disposto dell'art. 4 della Convenzione dell'Aja, alla *lex fori* che, qualora sia quella italiana, consente al creditore che agisce in revocatoria nei confronti dell'atto di trasferimento dei beni, di assoggettare a sequestro *ex art*. 2905, co. 2, cod. civ. i beni trasferiti al trustee, qualora siano partecipazioni societarie per le quali non sono previste forme di pubblicità delle domande idonee ad assicurare una tutela equipollente a quella prevista per i beni immobili e i beni mobili registrati.

■ Tribunale di Firenze, F. Zazzeri, Pres., I. Mariani, Rel. Est., ordinanza, 9 novembre 2010 – [Viola Andrea e Prisma Trust Fiduciaria s.r.l. c Giuseppe Bianco e Giovanni Bianco e Junior Bianco]

TESTO DELL'ORDINANZA

Premesso che:

Viola Andrea ha presentato reclamo avverso il provvedimento con cui il Tribunale di Firenze in data

30.7.2010, previa riunione dei ricorsi iscritti al R.G. n. 9395/2010 e 9396/2010, ha autorizzato il sequestro conservativo dei beni di Giuseppe Bianco e Giovanni Bianco fino alla concorrenza di € 320.000,00 ed ha rigettato la ri-

chiesta di sequestro conservativo nei confronti di Junior Bianco.

La Prisma Trust Fiduciaria s.r.l. (d'ora in poi Prisma Trust) ha presentato reclamo avverso il provvedimento con cui il Tribunale di Firenze in data 30.7.2010, previa riunione dei ricorsi iscritti al R.G. n. 9394/2010 e 9397/2010, ha autorizzato il sequestro conservativo dei beni di Giuseppe Bianco e Giovanni Bianco fino alla concorrenza di € 90.000,00 ed ha rigettato la richiesta di sequestro conservativo nei confronti di Junior e Giovanni Bianco in relazione al contratto stipulato il 27.9.2009.

All'udienza del 19.10.2010 i due reclami iscritti al R.G. n. 11497/2010 e 11498/2010 sono stati riuniti ed il collegio ha riservato la decisione.

Per valutare la fondatezza dei reclami occorre partire dalle richieste di sequestro conservativo originariamente proposte, per poi esaminare il contenuto del provvedimento del Tribunale di Firenze alla luce delle censure svolte dal Viola e dalla Prisma Trust.

I crediti per i quali viene chiesta la tutela cautelale originano dalle vicende contrattuali che hanno interessato la cessione della Minerali s.p.a.

Il 15.1.2007 fu stipulato un atto di cessione di azioni cui presero parte Andrea Viola e la Prisma Trust e Giovanni Bianco, in qualità di a.d. della Bianco G. s.r.l. In tale sede.

- Andrea Viola cedette alla Bianco G. s.r.l. il 60% della Minerali s.p.a. per il prezzo di € 1.250.000,00;

- la Prisma Trust trasferì alla Bianco s.r.l. il 20% della Minerali s.p.a. per il prezzo di € 350.000,00;

All'art. 2 dell'atto di cessione vennero concordate le modalità di pagamento del prezzo: € 100.000,00 contestualmente alla stipula delitto; € 100.000,00 entro il 31.3.2007 ed € 100.000,00 al 31.10.2007, mentre per il prezzo residuo fu concordato un frazionamento in 16 rate con scadenza trimestrale. Il prezzo fu, più precisamente, cambializzato.

Per effetto di tale cessione residuano oggi due crediti: uno di € 46.750,00 vantato dalla Prisma Trust ed uno di € 260.000,00 vantato da Viola Andrea.

Successivamente, il 27.11.2009, fu stipulato un ulteriore atto di cessione con il quale la Prisma Trust trasferì alla Bianco G. s.r.l. la restante partecipazione del 20% della Minerali s.p.a. per un prezzo di € 650.000,00, da pagare in sette rate con scadenza trimestrale, a partire dal primo trimestre del 2011. In tale sede Giovanni Bianco rilasciò una fideiussione a prima richiesta a favore della Prisma Trust per l'intero importo oggetto della cessione.

Con scrittura privata sempre del 27.11.2009 cui presero parte Giovanni Bianco e Andrea Viola, quest'ultimo di-

chiarò che non avrebbe avuto più nulla a pretendere ad eccezione del saldo del prezzo della vendita del 15.1.2007 oltre ad € 176.000,00, da saldare in base ad un separato accordo tra le parti ed altri € 28.800,00 come saldo da versare da parte della Minerali s.p.a. alla Im.d.S s.r.l.

A far data dal 31.3.2010 la Bianco s.r.l. ha cessato i pagamenti programmati nell'atto di cessione del 15.1.2007, come è attestato dal protesto della cambiale di € 18.250,00 emessa a favore di Prisma Trust. Gli altri effetti attualmente insoluti e prodotti agli atti sono avallati da Giovanni Bianco e Giuseppe Bianco.

Risulta pertanto attualmente che la Prisma Trust deve avere ancora il residuo del prezzo della cessione pari ad € 46.750,00, mentre il Viola deve avere ancora € 260.000,00 dalla Bianco s.r.l. Inoltre, Andrea Viola interpreta la scrittura privata del 29.11.2007 intercorsa con Giovanni Bianco come un riconoscimento di debito per € 176.000,00 di cui residuerebbero da pagare ancora € 126.000,00.

Il mancato pagamento degli effetti rimasti insoluti è giustificativo, secondo la Prisma Trust, anche della decadenza del beneficio del termine con riferimento al pagamento del prezzo della cessione di azioni della Minerali del 27.11.2009, per la quale è programmato il pagamento della prima rata a partite dal primo trimestre del 2011.

La richiesta della tutela cautelare nasce da una complessa serie di atti dispositivi del patrimonio di Giuseppe Bianco (avallante per gli effetti cambiari consegnati quale pagamento della cessione di azioni del 15.1.2007) e Giovanni Bianco (avallante per gli effetti cambiari consegnati quale pagamento della cessione di azioni del 15.1.2007 e fideiussore a prima richiesta per il pagamento della cessione del 29.11.2009).

Si tratta, più precisamente, dei seguenti atti:

1. atto pubblico del 12.2.2010 con cui Giuseppe Bianco costituisce, quale disponente, il trust "Bianco 2", regolato dalla legge dell'isola di Gurnsey (come tutti gli altri trust di seguito indicati) dove confluisce la partecipazione nell'Immobiliare Matisse s.r.l. pari al 34%, mentre trustee è Giovanni Bianco e fiduciario è Junior Bianco;

2. atto pubblico del 26.2.2010 con il quale Giuseppe Bianco costituisce con la moglie un fondo patrimoniale in cui confluiscono tutte le sue proprietà immobiliari;

3. atto pubblico del 12.2.2010 con cui Giovanni Bianco costituisce, in qualità di disponente, il trust "Bianco 1", dove confluiscono le partecipazioni nella Immobiliare Matisse s.r.l. pari al 33% e nella Dora Verde pari all'80%, mentre trustee è Giuseppe Bianco e fiduciario il figlio Junior;

4. atto pubblico 12.2.2010 con il quale Giovanni Bianco dona al figlio Junior Bianco il 45% della Ortoinfiore s.r.l. e del 10% della Effe Energia s.r.l.;

5. atto pubblico del 26.2.2010 con il quale Giovanni Bianco costituisce un trust autodichiarato "Bianco 4" avente ad oggetto il patrimonio immobiliare, di cui è trustee lo stesso Giovanni e beneficiario il figlio Junior.

Sia la Prisma Trust che il Viola presentano due ricorsi ciascuno, finalizzati alla concessione di provvedimenti cautelari in relazione ai procedimenti da instaurare ex art. 2901 c.c. per far dichiarare l'inefficacia degli atti dispositivi compiuti da Giovanni e Giuseppe Bianco. In particolare, i ricorrenti (attuali reclamanti) sul presupposto della sufficienza della trascrizione della domanda giudiziale con riferimento agli atti aventi oggetto beni immobili (costituzione del fondo patrimoniale da parte di Giuseppe Bianco con la moglie e trust autodichiarato "Bianco 4" da parte di Giovanni Bianco), muovono le loro richieste di sequestro ex art. 2905, II comma, c.c. con riferimento agli atti aventi ad oggetto le partecipazioni azionarie per le quali non sono previste forme di pubblicità delle domande idonee ad assicurare una tutela equipollente a quella dei beni immobili e mobili registrati.

Sia Prisma Trust che Andrea Viola hanno pertanto presentato due ricorsi ciascuno di seguito indicati.

La Prisma Trust:

1. con il primo ricorso *ante causam*, in relazione all'instaurazione dell'azione revocatoria nei confronti del trust Bianco 2 ha chiesto il sequestro conservativo ex art. 2905, II comma, c.c. della partecipazione nella Immobiliare Matisse s.r.l. nei confronti del trustee Giovanni Bianco fino all'importo di € 150.000,00;

2. con il secondo ricorso *ante causam*, presentato contemporaneamente al primo, in relazione all'instaurazione del giudizio di nullità/revocatoria del Trust Bianco 1 e della donazione Giovanni-Junior Bianco del 12.2.2010, ha chiesto il sequestro conservativo fino alla somma di € 800.000,00 delle partecipazioni nella Immobiliare Matisse s.r.l. pari al 33% e nella Dora Verde pari all'80% nei confronti di Giuseppe Bianco (trustee del Bianco 1) e del 45% della Ortoinfiore s.r.l. e del 10% della Effe Energia s.r.l. nei confronti di Junior Bianco (donatario) fino all'importo di € 800.000,00.

Andrea Viola:

1. con il primo ricorso *ante causam*, in relazione all'instaurazione dell'azione revocatoria nei confronti del trust Bianco 2 ha chiesto il sequestro conservativo ex art. 2905, II comma, c.c. della partecipazione nella Immobiliare Matisse s.r.l. nei confronti del trustee Giovanni Bianco fino all'importo di € 400.000,00;

2. con il secondo ricorso *ante causam* presentato contemporaneamente al primo, in relazione all'instaurazione del giudizio di nullità/revocatoria del Trust Bianco 1 e della do-

nazione Giovanni-Junior Bianco del 12.2.2010, ha chiesto il sequestro conservativo fino alla somma di € 800.000,00 delle partecipazioni nella Immobiliare Matisse s.r.l. pari al 33% e nella Dora Verde pari all'80% nei confronti di Giuseppe Bianco (trustee del Bianco 1) e del 45% della Ortoinfiore s.r.l. e del 10% della Effe Energia s.r.l. nei confronti di Junior Bianco (donatario) fino alla somma di € 500.000,00.

Giovanni e Giuseppe Bianco si sono costituiti eccedendo l'assenza dei requisiti per il rilascio del provvedimento cautelare. In particolare, hanno affermato l'insussistenza di intenti frodatori, riconducendo l'attività negoziale contestata dai ricorrenti (oggi reclamanti) in una strategia di ricostruzione industriale ed hanno contestato la possibilità di invocare il *periculum in mora* da parte di chi (Andrea Viola) aveva fornito fino al 2009 la provvista per il pagamento degli effetti cambiari finalizzati al pagamento della Minerali s.p.a., garantendosi con il rilascio di ulteriori assegni. Quest'ultimi sono stati prodotti in copia, senza firma. Infine, hanno eccepito la mancata possibilità di assoggettare a sequestro i beni oggetto di trust.

Il Tribunale di Firenze, ha riunito i due ricorsi presentati dal Viola e dalla Prisma Trust ed ha emesso due provvedimenti di sequestro conservativo.

Il sequestro è stato accolto sui beni di Giovanni e Giuseppe Bianco per la somma di € 90.000,00 in favore di Prisma Trust e di € 320.000,00 in favore di Viola Andrea.

Non è stato disposto il sequestro sui beni di Junior Bianco, in quanto non obbligato per il pagamento dei crediti a cautela dei quali hanno agito i ricorrenti.

Avverso tali provvedimenti hanno presentato reclamo Andrea Viola e la Prisma Trust, sollevando principalmente la censura relativa alla mancata applicazione dell'art. 2905, II comma, c.c. Secondo i reclamanti infatti il Tribunale di Firenze ha errato disponendo il sequestro ex art. 671 c.p.c. e non quello ex art. 2905, II comma, c.c. relativo ai beni oggetto degli atti dispositivi da revocare. È stata pertanto chiesta la riforma del provvedimento e la concessione del sequestro dei beni oggetto del trust Bianco 1 nei confronti del trustee Giuseppe Bianco e del trust Bianco 2 nei confronti del trustee Giovanni Bianco, secondo quanto già indicato illustrando i motivi del ricorso.

Inoltre è stato chiesto nuovamente il sequestro delle partecipazioni sociali donate a Junior Bianco, sempre ex art. 2905, II comma, c.c. Infine è stata chiesta la cautela anche con riferimento alle somme dovute in base alla cessione del 27.11.2009 in considerazione della decadenza dal beneficio del termine.

Si sono costituiti Giovanni e Giuseppe Bianco, mentre Junior Bianco è rimasto contumace sia in primo che in secondo grado.

Le complesse questioni giuridiche che il collegio deve affrontare riguardano in primo luogo l'interpretazione dell'art. 2905, II comma, c.c. e la sequestrabilità dei beni oggetto di trust.

L'art. 2905, II comma, c.c. prevede che: "il sequestro può esser chiesto anche nei confronti del terzo acquirente dei beni del debitore, qualora sia stata proposta l'azione per far dichiarare l'inefficacia dell'alienazione". L'esegesi di tale norma richiede di risolvere due problemi. Il primo è quello di stabilire che cosa si intenda per sequestro nei confronti del terzo acquirente dei beni del creditore. Il secondo riguarda il momento temporale in cui può essere chiesta la tutela cautelare.

Procedendo con ordine, i rapporti tra l'art. 2905, II comma, c.c. e art. 671 c.p.c. devono essere ricostruiti alla luce della finalità di tutela proprie del sequestro conservativo. Se infatti in entrambe le norme richiamate è presente la finalità di tutelare la fruttuosa realizzazione del credito, tuttavia non sussiste tra le stesse una perfetta coincidenza applicativa.

L'art. 671 c.p.c., si pone infatti in una prospettiva *ex ante* finalizzata ad impedire il compimento da parte del debitore di atti dispositivi opponibili ai creditori sequestranti (in tal senso si dice che il sequestro crea un vincolo a porta chiusa di cui può beneficiare solamente il creditore richiedente). In altre parole, non viene sottratta al debitore la disponibilità giuridica dei beni sequestrati, ma si impedisce che possano essere opposti ai creditori sequestranti gli atti di disposizione compiuti dal debitore. Ottenuto il sequestro il creditore può agire *in executivis* sui beni sequestrati, nonostante la fuoriuscita degli stessi dal patrimonio del debitore. In conclusione, nell'ipotesi dell'art. 671 c.p.c. prima si ha il sequestro e poi si avranno eventuali atti dispositivi del debitore, inopponibili ai creditori sequestranti.

Nel caso dell'art. 2905, II comma, c.c. si ha un caso diverso. Il debitore ha già compiuto un atto dispositivo dei beni costituenti il suo patrimonio. Il legislatore ritiene tuttavia meritevole di tutela l'interesse del creditore a beneficiare della tutela cautelare (riconducibile al diritto di azione garantito dall'art. 54 Cost.) e consente di assoggettare a sequestro i beni ormai usciti dal patrimonio del debitore, al fine di assicurare la fruttuosità di una futura azione revocatoria, impedendo che il suo eventuale risultato positivo possa essere vanificato dagli atti dispositivi compiuti dal terzo titolare dei beni. A differenza dell'art. 671 c.p.c. dove il sequestro conservativo è finalizzato a rendere opponibile ai terzi gli atti dispositivi dei beni sequestrati compiuti dopo la concessione del provvedimento cautelare, nel caso dell'art. 2905, II comma, c.c. il debitore aliena

i propri beni prima della pronuncia del giudice. Ne consegue che tale norma prevede un'ipotesi speciale di sequestro che va a colmare un vuoto di tutela che il sequestro di cui all'art. 671 c.p.c. non può *ex se* scoprire. Tuttavia, considerato che i beni sono usciti dal patrimonio del debitore, la misura cautelare non può non andare a colpire i terzi acquirenti. Se è vero che in tal modo il provvedimento cautelare incide sul patrimonio di un terzo estraneo al rapporto creditore-debitore, creando un profilo di criticità con le esigenze di certezza dei traffici giuridici, è, tuttavia, altrettanto vero che il sequestro di cui all'art. 2905, II comma, c.c. è un'ipotesi speciale relegata agli atti di disposizione compiuti dal debitore in frode ai creditori, contro i quali può essere esperita l'azione revocatoria. Si rivela, inoltre, di particolare importanza soprattutto nei casi nei quali il creditore che agisce in revocatoria non può beneficiare degli effetti conseguenti alla trascrizione della domanda giudiziale, esperibile solamente con riferimento ai beni immobili e mobili registrati, ma non per le partecipazioni azionarie.

Quanto al momento in cui il creditore può agire in sede cautelare, il dettato originario della norma, che ancorava la richiesta di sequestro all'avvenuta proposizione dell'azione revocatoria, deve necessariamente coordinarsi con le modifiche del codice di procedura civile, con particolare riferimento all'inserimento dell'art. 669 *quaterdecies* c.p.c. che estende, anche ai procedimenti cautelari previsti nel codice civile e nelle leggi speciali, la disciplina di cui all'art. 669 *bis* c.p.c. che ammette in via generalizzata la tutela cautelare *ante causam*. Su tale questione la giurisprudenza osserva pertanto che: "Il sequestro conservativo previsto dall'art. 2905 comma 2 c.c. può essere richiesto anche prima dell'inizio dell'azione di merito, risultando applicabile il rito cautelare uniforme per effetto del disposto dell'art. 669 *quaterdecies* c.p.c." (Trib. Roma, 20/06/2000).

Individuato il corretto ambito di applicazione dell'art. 2905, II comma, c.c. occorre verificare l'ammissibilità del sequestro conservativo dei beni oggetto di trust.

In primo luogo bisogna sottolineare la possibilità per il creditore di esperire l'azione revocatoria contro l'atto istitutivo di un trust. Il successo di tale istituto affonda in parte nella pluralità di scopi che è possibile perseguire con lo stesso: di qui la sua ampia utilizzazione in uno spazio sconfinato che va dalla tutela dei minori e degli incapaci, fino ai recenti impieghi in materia fallimentare. Accanto agli scopi leciti sussiste tuttavia la possibilità della strumentalizzazione del trust per il perseguimento di intenti frodati nei confronti dei creditori, realizzabili sfruttando in via elusiva alcune caratteristiche della disciplina dell'istituto,

con particolare riferimento all'effetto di separazione patrimoniale.

È pertanto pacifica la possibilità di aggredire un trust (*rectius* dell'atto di trasferimento dei beni al trustee, come vedremo meglio in seguito) con l'azione di cui all'art 2901 c.c. Resta da verificare l'applicazione al caso *de quo* della particolare forma di sequestro disciplinata dall'art. 2905, II comma, c.c. Secondo i convenuti è recisamente esclusa la possibilità di sequestrare i beni oggetto dei trust Bianco 1 e Bianco 3 posto che si tratterebbe di patrimoni separati insuscettibili di essere aggrediti in via cautelare ed esecutiva.

Tuttavia, il corretto inquadramento della questione deve prendere le mosse dalla distinzione almeno logica tra atto istitutivo del trust, assoggettato alla legge straniera individuata dalle parti ai sensi dell'art 6 della Convenzione dell'Aja, ratificata con la legge n. 364/1989 (d'ora in poi Conv. Aja) ed atto di dotazione dei beni in trust, assoggettato alla *lex fori*, secondo quanto previsto dall'art 4 della stessa Convenzione. L'applicazione di due diverse normative rende infatti necessaria tale distinzione anche nei casi, come quelli in esame, in cui l'istituzione del trust ed il trasferimento dei beni al trustee avvenga in un medesimo contesto. I trust Bianco 1 e Bianco 2 sono infatti assoggettati alla legislazione di Guernsey, ma l'atto di trasferimento dei beni dal disponente al trustee è assoggettato alla *lex fori* che nel caso in esame è quella italiana e comprende anche l'art. 2905, II comma, c.c. Ne consegue la piena possibilità per il creditore che agisce in revocatoria nei confronti del trust di assoggettare a sequestro, ai sensi della norma da ultimo citata, i beni trasferiti al trustee. In merito a tale questione non hanno pregio le questioni relative al fatto che si tratti di un patrimonio separato: l'art 11 della Conv Aja prevede infatti al primo comma che il riconoscimento del trust implica sì che i beni siano separati dal patrimonio personale del trustee, ma esplicita al secondo comma tale separazione ponendo un divieto di sequestro dei beni oggetto di trust nei confronti dei creditori personali del trustee, mentre nel caso in esame ad agire in via cautelare sono i creditori del disponente, che invocano l'applicazione di una norma (art 2905, II comma, c.c.) pienamente applicabile all'atto di dotazione dei beni in trust.

Tanto più che Tart 15 Conv, Aja prevede che: "La Convenzione non ostacolerà l'applicazione delle disposizioni di legge previste dalle regole di conflitto del foro, allorché non si possa derogare a dette disposizioni mediante una manifestazione della volontà, in particolare: ... e) la protezione dei creditori in caso di insolubilità."

Affrontate le complesse questioni ermeneutiche relati-

ve all'interpretazione dell'art. 2905, II comma, c.c. ed ai suoi rapporti con il trust, occorre esaminare il *fumus boni iuris* dell'azione ex art. 2901 c.c. oltre che il *periculum in mora*. Sul punto già il Tribunale di Firenze si era pronunciato in via favorevole. Tuttavia, il collegio ritiene opportuno fare delle precisazioni.

Con riferimento all'esistenza del credito il Tribunale ha rilevato la mancata possibilità di procedere al sequestro conservativo a tutela dei crediti derivanti dall'atto di cessione delle azioni del 27.11.2009, sulla base della mancata esigibilità attuale delle stesse, dal momento che la prima rata scadrà nel primo trimestre del 2011. Su tale questione il collegio osserva che a fronte dell'inadempimento delle obbligazioni da parte della Bianco s.r.l. con riferimento al pagamento delle rate relative al prezzo della cessione del 15.1.2007, viene a crearsi una situazione di insolvenza che comporta la decadenza del beneficio del termine ex art. 1186 c.c. anche con riferimento alle obbligazioni scaturenti dalla cessione del 27.11.2009. Tale decadenza si estende anche a Giuseppe e Giovanni Bianco, in qualità di avallanti delle cambiali non pagate con riferimento alla cessione del 15.1.2007 ed a Giovanni Bianco, in qualità di fideiussore a prima richiesta per l'adempimento del prezzo della vendita del 27.11.2009.

Sul punto si richiama quanto stabilito dalla giurisprudenza di legittimità, per la quale: "La decadenza dal beneficio del termine per insolvenza del debitore, verificatasi, a norma dell'art. 1186 cod.civ. a carico dell'obligato cambiario principale, comporta analoga decadenza rispetto all'obligazione del di lui avallante, anche se questi non sia divenuto insolvente: ciò trova conferma nel disposto dell'art. 50 legge c., che espressamente prevede che il portatore della cambiale possa esercitare il regresso contro il girante, il traente e gli altri obbligati, fra i quali rientrano gli avallanti, anche prima della scadenza in diverse ipotesi tra cui quella del fallimento del trattante che abbia o meno accettato, nonché del fallimento del traente di una cambiale non accettabile" (Sez. 1, Sentenza n. 4855 del 01/03/2007 - Rv. 596470). Inoltre come ritenuto anche dalla giurisprudenza della SC 3024/1995 in motivazione: "Venendo ora ad esaminare la questione centrale della presente controversia la quale, ancorché dipendente dalla situazione di insolvenza della società debitrice, è stata posta contro i fideiussori, si osserva che l'ammissione del debitore principale alla procedura di amministrazione controllata comporta la decadenza del beneficio del termine anche per il terzo fideiussore coobligato (in tal senso v. Cass. Sent. 31 gennaio 1957 n. 363 e sent. 24 settembre 1959 n. 2613). Infatti il fideiussore, essendo obbligato in solido col debitore principale al pagamento del debito (v. art. 1944 comma 1 c.c.), non vi può essere tenuto che negli stessi modi e termini del debitore principale, dato il

rapporto di accessorieta' del rapporto fideiussorio rispetto al rapporto garantito.

Tale conclusione, d'altra parte, trova conferma anche nell'art. 1953 n. 2 c.c. dal quale si desume che l'insolvenza del debitore non esonera il fideiussore dall'obbligo di far fronte ai propri impegni nei riguardi del creditore, ma gli conferisce soltanto il diritto di rilievo.

Le considerazioni che precedono esauriscono il *thema decidendum* avendo i giudizi di merito accertato anche che i fideiussori odierni ricorrenti avevano contrattualmente escluso ogni onere, da parte del creditore, di proporre nei confronti della debitrice mutuataria alcuna istanza nei modi e nei termini di cui all'art. 1957 c.c. rinunciando altresì al beneficio previsto da tale articolo esonerando lo stesso creditore dall'obbligo di chiedere la *speciae autorizzazione* di cui all'art. 1956 c.c. e dal fare qualsiasi comunicazione in ordine alla situazione dei conti", anche al fideiussore, tanto più se a prima richiesta, si estende la decadenza dal beneficio del termine del debitore principale.

Con riferimento all'ammontare del credito per il quale si agisce occorre fare riferimento alla copia delle cambiali prodotte dalle parti e rimaste insolute, nonché all'atto di cessione del 29.11.2009. Non può invece avere pregio quanto asserito da Andrea Viola con riferimento alla scrittura privata intercorsa con Giovanni Bianco il 29.11.2009. In tale sede le parti hanno regolato le reciproche pretese dichiarando di non avere nulla a pretendere all'infuori di quanto espressamente indicato. In altre parole, dal tenore di tale scrittura non è Giovanni Bianco a dichiararsi debitore del Viola di € 176.000,00, ma è piuttosto quest'ultimo a dichiarare di non avere nulla a pretendere all'infuori del prezzo della cessione della Minerali, nonché di ulteriori € 176.000,00 (senza indicare, oltretutto a quale titolo, con evidenti problemi di giustificazione causale) ed altri € 28.800,00. Tale scrittura non può essere quindi considerata come un riconoscimento di debito da parte di Giovanni Bianco.

In conclusione, i crediti a cautela dei quali deve essere concesso il sequestro sono quello di € 260.000,00 per Andrea Viola (risultante dalla somma delle cambiali, avallate da Giovanni e Giuseppe Bianco, scadute e non pagate con riferimento alla cessione di azioni della Minerali s.p.a. del 15.1.2007) ed € 696.750,00 per la Prisma Trust (risultante per € 46.750,00 dalla somma delle cambiali, avallate da Giovanni e Giuseppe Bianco, scadute e non pagate con riferimento alla cessione di azioni della Minerali s.p.a. del 15.1.2007, e per € 650.000,00 dal prezzo della cessione di azioni del 29.11.2007, di cui è fideiussore Giovanni Bianco).

Con riferimento al *consilium fraudis* la sequenza di atti

posta in essere in pochi giorni nel febbraio 2010, con la quale Giovanni e Giuseppe Bianco si sono spogliati del proprio patrimonio, diventando anche l'uno trustee dell'altro con riferimento alle partecipazioni societarie nella Immobiliare Matisse s.r.l., è idoneo dell'intenzione di sottrarre i beni alla garanzia dei creditori, tanto più se in relazione alla notevole esposizione debitoria degli stessi.

Considerato che gli atti soggetti ad una futura azione revocatoria sono o a titolo gratuito (i trust Bianco 1 e 2, dove il trasferimento dei beni al trustee non è assistito da una causa onerosa), o di liberalità (come la donazione fatta da Giovanni Bianco al figlio Junior), non si pone un problema di *participatio fraudis*. Tanto più che trustee reciproci sono Giovanni e Giuseppe Bianco, e beneficiario dei trust e donatario è Junior Bianco, figlio di Giovanni.

È da ritenere poi la presenza del *periculum in mora* sia dal punto di vista soggettivo che oggettivo. In senso soggettivo la condotta di Giovanni e Giuseppe Bianco è improntata al sostanziale svuotamento dei loro patrimoni, che si accompagna alla crisi economica affrontata dalla Bianco G. s.r.l. (non disconosciuta dagli stessi convenuti, che negli atti difensivi parlano di un contesto generale di difficoltà economica) e determina la necessità di ovviare all'infruttuosità pratica del presumibile esperimento vittorioso delle azioni revocatorie sopra richiamate. In senso oggettivo si osserva poi che i beni dei quali viene oggi richiesto il sequestro (partecipazioni societarie) non sono assoggettati alla formalità della trascrizione tali da evitare l'inopponibilità ai creditori di eventuali atti dispositivi dei quali siano parte terzi in buona fede. Nel caso del sequestro ex art. 2905, II comma, c.c. la dottrina ha rilevato infatti correttamente come il *periculum* da neutralizzare sia quello dell'infruttuosità pratica dell'esercizio dell'azione revocatoria. Anche tale aspetto connota la peculiarità del sequestro ex art. 2905, II comma, c.c. rispetto a quello generale di cui all'art. 671 c.p.c. in cui il *periculum* è costituito dal compimento di atti di disposizione da parte del debitore i quali possano vanificare la garanzia generica di cui all'art. 2740 c.c.

L'attualità del pericolo è sottolineata anche dalla tipologia dei beni assoggettati a sequestro, data la possibilità di loro alienazioni, in assenza di un regime di pubblicità della domanda giudiziale che consenta l'opponibilità del giudicato favorevole ai terzi.

Il reclamo deve quindi essere accolto con modifica sul punto del provvedimento di primo grado.

P.Q.M.

Il Tribunale di Firenze in composizione collegiale, in

riforma dei provvedimenti di sequestro emessi dal Tribunale di Firenze il 30.7.2010

dispone a favore di Andrea Viola, fino a concorrenza di € 260,000,00, e della Prisma Trust Fiduciaria s.r.l, fino a concorrenza di € 696.750,00:

1. il sequestro conservativo del 34% Immobiliare Matisse nei confronti di Giovanni Bianco, in qualità di trustee del trust Bianco 2;

2. il sequestro del 33% Immobiliare Matisse e dell'80% della Dora Verde s.r.l nei confronti di Giuseppe Bianco, quale trustee del trust Bianco 1;

3. il sequestro del 45% della Ortoinfioro s.r.l. e del 10% della Effe Energia nei confronti del donatario Junior Bianco;

fissa il termine di legge per l'instaurazione dei giudizi di merito.

Spese al merito.

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del 2.11.2010

Il Presidente

Dr. Fiorenzo Zazzeri

Il Giudice Est.

Dr.ssa Isabella Mariani

Depositato in cancelleria il 9 novembre 2010.

2. Istituzione di trust – pregiudizio dei creditori – consapevolezza del disponente – azione revocatoria – stato soggettivo del beneficiario del trust

Ai fini dell'accoglimento dell'azione revocatoria è sufficiente che il debitore/disponente sia consapevole del pregiudizio che l'atto segregativo arrecava alle ragioni dei suoi creditori, consapevolezza che può essere presunta qualora anteriormente all'istituzione del trust il debitore abbia posto in essere altri atti per spogliarsi del suo patrimonio, e non rileva lo stato soggettivo del beneficiario trattandosi di atto a titolo gratuito.

■ Tribunale di Firenze, F. Zazzeri, 16 maggio 2013 – [Viola Andrea c Giovanni Bianco in proprio e quale trustee del trust “Bianco 4” e Junior Bianco]

TESTO DELLA SENTENZA

Con atto del 25.2.10 Bianco Giovanni (GB) ha istituito trust autodichiarato, in cui lo stesso è disponente e trustee, denominato Bianco 4 (B4). In B4 sono stati costituiti in trust beni immobili di proprietà di BG, designando quale beneficiario Bianco Junior (doc. 7 VA).

B4 è regolato dalla legge di Guernsey.

Viola Andrea chiede preliminarmente dichiararsi la nullità di B4 perché interno, autodichiarato, perché non mirante a realizzare interessi meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 2645-ter c.c. ed, ai sensi dell'art. 1419 c.c., per la nullità di talune clausole.

La domanda non è fondata.

Deduce VA che B4 in quanto trust intemo (e cioè che presenta quale unico elemento di estraneità allo Stato italiano la legge regolatrice) viola la riserva di legge dettata dall'art. 2740 comma 2 c.c. in tema di patrimoni separati.

Ma la L. n. 364/89 ha ratificato senza alcuna riserva la Convenzione dell'Aja dell'1.7.1985 sulla legge applicabile e sul riconoscimento dei trust e l'art. 6 della Convenzione riserva alla legge regolatrice del trust la disciplina della validità e degli effetti.

Del resto l'art. 13 della Convenzione aveva espressamente riconosciuto agli Stati la facoltà di non riconoscere trust i cui elementi importanti, diversi dalla legge regolatrice, fossero strettamente connessi a Stati che non prevedono il trust e nella L. 364/89 non è stata enunciata alcuna riserva al riguardo.

Si aggiunga che forme di segregazione del patrimonio sono già riconosciute nel nostro ordinamento dagli artt. 170, 1707, art. 2447 bis e 2645 ter c.c., nonché dall'art. 22 D.lgs. n. 58/98 in tema di società di intermediazione finanziaria.

Per quanto concerne il trust autodichiarato, in cui il disponente ed il trustee sono la stessa persona, rileva il giudicante che non risulta dedotta alcuna norma che ne preveda la nullità.

La richiamata disciplina di cui all'art. 2645ter c.c., concernente la 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, non stabilisce requisiti di validità

.....
Pubblichiamo la sentenza del Tribunale di Firenze del 16 maggio 2013.

dell'atto di destinazione (tra cui comprendere il trust) bensì i requisiti per la trascrivibilità e l'opponibilità ai terzi dell'atto stesso.

Infine VA ha dedotto la nullità dell'atto istitutivo di B4 ai sensi dell'art. 1419 c.c. per la nullità di singole clausole dello stesso che prevedono la facoltà del trustee di adire il giudice per ottenere direttive sulla gestione dei beni, la responsabilità del trustee per i debiti del trust solo con i beni in trust e la libera modificabilità da parte del trustee della legge regolatrice.

Neppure al riguardo la domanda di nullità appare fondata.

Infatti: la nullità del trust in base all'art. 6 della Convenzione può essere affermata solo in base alla legge regolatrice; in ogni caso, anche avuto riguardo al disposto dell'art. 1419 c.c. ed anche a prescindere dalla effettiva nullità delle clausole suddette e senza considerare la loro eventuale sostituibilità di diritto con norme imperative, non risulta dimostrato che tali clausole abbiano tale rilevanza da doversi ritenere che il trust B4 non sarebbe stato istituito in assenza delle stesse.

In ipotesi VA ha chiesto dichiararsi l'inefficacia di B4 nei suoi confronti ai sensi dell'art. 2901 c.c.

Analoga domanda è stata proposta con atto di intervento da Banca di Credito Cooperativo di Signa (BCS) e da Banca di Credito Cooperativo di Cambiano (BCC),

Le domande sono fondate e devono essere accolte.

L'art. 2901 c.c. stabilisce che il creditore può domandare che siano dichiarati inefficaci nei suoi confronti gli atti di disposizione del patrimonio coi quali il debitore rechi pregiudizio alle sue ragioni: ciò a condizione che il debitore conoscesse il pregiudizio che l'atto arrecava alle ragioni del creditore o, trattandosi di atto anteriore al sorgere del credito, l'atto fosse dolosamente preordinato al fine di pregiudicarne il soddisfacimento; se si tratta di atto a titolo oneroso è necessario che il terzo fosse consapevole del pregiudizio e, nel caso di atto anteriore al sorgere del credito, che fosse partecipe della dolosa preordinazione.

Afferma la giurisprudenza che ai fini dell'esperibilità dell'azione revocatoria ordinaria non è necessario al creditore essere titolare di un credito certo, liquido ed esigibile, bastando una semplice aspettativa che non si riveli prima facie pretestuosa e che possa valutarsi come probabile anche se non definitivamente accertata (Cass. 18.7.08 n. 2002); tant'è che nel giudizio ex art. 2901 c.c. è sufficiente al creditore precedente l'allegazione di un decreto ingiuntivo ottenuto nei confronti del preteso debitore per dimostrare la titolarità di un credito meritevole di tutela, in quanto già esaminato e ritenuto provato in sede monitoria, senza che la pendenza del giudizio di opposizione al

decreto osti alla declaratoria di inefficacia dell'atto pregiudizievole alle ragioni del creditore (Cass. 1.6.07 n. 12849).

Per quanto concerne VA il credito dedotto dallo stesso nei confronti di BG per complessivi E. 386.000,00 risulta documentato: per E. 260.000,00 da contratto di vendita di azioni di società del 15.1.07 per il cui prezzo BG ha sottoscritto per avallo le relative cambiali emesse dall'acquirente e riguardo alle quali è intervenuta decadenza degli obbligati dal beneficio del termine per il mancato pagamento del titolo con scadenza al 31.3.10, con conseguenti pronunce di decreti ingiuntivi nei confronti dell'acquirente e di BG (doc.1,2,3,19,20 e 21); da scrittura privata del 27.11.09 con la quale BG si è riconosciuto debitore di VA dell'importo di E. 176.000,00 (doc.4 VA).

Il credito di BCS risulta da decreto ingiuntivo n. 2498/10 col quale a BG, per fideiussione prestata il 27.11.09 a garanzia di obbligazioni di società, è stato ingiunto di pagare in favore di BCS la somma di E. 42.918,03 oltre interessi e spese legali (doc.1 BCS).

Il credito di BCC risulta dai decreti ingiuntivi n. 1763/10 e 1817/10 emessi nei confronti di BG per l'importo rispettivamente di E. 50.000,00 e di E. 44.716,61 per fideiussioni dallo stesso prestate rispettivamente il 10.4.09 ed il 7.9.09 (doc. 1,3,7,10 BCC).

Il pregiudizio arrecato dall'atto istitutivo del trust in oggetto ai creditori suddetti risulta evidente dal momento che in base all'atto costitutivo (art. 4.2) i beni che BG ha costituito in trust (beni immobili e quote di proprietà di beni immobili) sono separati dal patrimonio proprio dello stesso, disponente e trustee, e non sono aggredibili dai relativi creditori personali (valgono al riguardo per analogia i principi già affermati dalla giurisprudenza di legittimità riguardo all'ammissibilità dell'azione revocatoria nei confronti del negozio costitutivo del fondo patrimoniale per la limitazione alle azioni esecutive stabilita dall'art. 170 c.c.: Cass. 7.7.07 n. 15310; Cass. 17.1.07 n. 966).

Si aggiunga che l'atto in questione è stato preceduto di pochi giorni dagli atti con i quali BG il 12.2.10 ha istituito in trust sue partecipazioni sociali ed ha donato al figlio le altre (doc. 5 e 6).

Per quanto concerne l'elemento psicologico deve essere tenuto presente che il fideiussore (e quindi il garante in genere) assume la veste di debitore fin dall'atto di fideiussione (Cass. 4.6.01 n. 7484).

I crediti vantati da VA e dalle banche intervenute sono quindi tutti anteriori all'atto costitutivo del trust B4.

Ai fini dell'accoglimento dell'azione revocatoria è pertanto sufficiente che BG conoscesse il pregiudizio che l'atto arrecava alle ragioni dei suoi creditori.

Consapevolezza che nel caso in oggetto può senz'altro essere fondatamente presunta, proprio in ragione degli altri atti che BG aveva già posto in essere per spogliarsi del suo patrimonio.

Trattandosi di atto a titolo gratuito non rileva lo stato soggettivo del beneficiario del trust Bianco Junior.

Deve pertanto essere dichiarata l'inefficacia nei confronti dell'attore e delle parti intervenute dell'atto costitutivo di B4.

Le spese di lite seguono la soccombenza riguardo all'azione revocatoria ed in base ai criteri e parametri di cui al DM 140/12, avuto riguardo ai rispettivi crediti, vengono liquidate per ...omissis ...

PQM

Il Tribunale dichiara l'inefficacia nei confronti di Viola Andrea, della Banca di Credito Cooperativo di Signa soc. coop., e della Banca di Credito Cooperativo di Cambiano soc. coop. p.a., dell'atto redatto il 26.2.2010 dal No-

taio Dott. Ernesto Cudia di Firenze- Rep. n. 30249 Raccolta n. 14432- con il quale Bianco Giovanni, nato a Firenze il 27.3.1958, ha istituito Trust autodichiarato denominato Bianco 4 costituito dai seguenti beni...:

- piena proprietà di ...omissis...;
- quota indivisa pari di ...omissis...;
- condanna il convenuto Bianco Giovanni a rimborsare le spese di lite in favore di Viola Andrea per complessivi € 8.841,06, del Banco di Credito Cooperativo di Signa soc. coop. per complessivi € 4.044,58 ed in favore del Banco di Credito Cooperativo di Cambiano soc. coop. p.a. per complessivi € 6.093,75.

Firenze, 13 maggio 2013

Il Giudice

Dott. Fiorenzo Zazzeri

Depositato in cancelleria il 16 maggio 2013.

3. Trust interno e autodichiarato – validità – azione revocatoria – *eventus damni* – *scientia damni* – sussistenza

È legittimo il trust interno autodichiarato e non è viziato da invalidità per la divergenza della sua disciplina dalle previsioni dell'art. 2645 *ter* cod. civ. sussistendo una notevole divergenza tra la *ratio* dei due istituti, seppur entrambi producano la segregazione del patrimonio del disponente nell'interesse di un beneficiario o di un determinato programma.

Ai fini dell'accoglimento dell'azione revocatoria in relazione ai profili dell'*eventus damni* e della *scientia damni* rileva, oltre alla istituzione del trust oggetto della domanda, la generale attività dismissiva dell'intero patrimonio posta in essere dal debitore/disponente consistente nel conferimento dei residui cespiti immobiliari in fondo patrimoniale.

■ Tribunale di Firenze, R. Guida, 11 aprile 2013 – [Prisma Trust Fiduciaria Srl c Giovanni Bianco]

TESTO DELLA SENTENZA

Oggetto: azione di nullità e azione revocatoria di atto dispositivo contenuto in un Trust

FATTO E DIRITTO

Premesso in fatto che:

con atto di citazione ritualmente notificato la Prisma Trust Fiduciaria Srl ha convenuto in giudizio, dinanzi a questo Tribunale, Giovanni Bianco, sia in proprio sia quale *trustee* del Trust "Bianco 4", per sentire dichiarare la nullità o l'inefficacia, nei propri confronti, dell'atto dispo-

sitivo contenuto nel Trust autodichiarato "Bianco 4", col quale il convenuto ha posto un vincolo di destinazione, dichiarandosene *trustee*, su alcuni beni immobili di sua proprietà e, a sostegno della domanda, ha dedotto che: con contratto del 15.01.2007 aveva venduto alla Bianco G. Srl il 20% del capitale della Minerali Spa, al prezzo di euro 350.000,00; il prezzo di vendita, da corrispondersi in più *tranches*, era stato cambializzato a mezzo di titoli avallati da Giovanni Bianco; da una certa data era cessato il paga-

.....
Pubblichiamo la sentenza del Tribunale di Firenze dell'11 aprile 2013, che esamina alcune clausole dell'atto istitutivo di trust "Bianco 4" di seguito riportate.

mento del prezzo, con ciò residuando a carico dell'avallante un debito di euro 46.750,00; con contratto del 27.11.2009 l'esponente aveva venduto alla Bianco G. Srl la sua residua quota di partecipazione azionaria nella Minerali Spa, corrispondente al 20% del capitale sociale, al prezzo di euro 650.000,00, prevedendo un pagamento rateale del prezzo, nonché la fideiussione di Giovanni Bianco; tanto la società venditrice che il garante, il cui debito complessivo ammontava a euro 696.750,00, erano ormai decaduti dal beneficio del termine di pagamento delle rate del prezzo, a causa del dissesto finanziario in cui entrambi versavano; in data 12.02.2010 Giovanni Bianco aveva compiuto una serie di atti dispositivi del proprio patrimonio, compresi la costituzione del Trust "Bianco 1", affetto da diversi profili di nullità o, comunque, revocabile, a mente dell'art. 2901 cc, e la donazione di quote di partecipazioni sociali a favore del figlio Junior Bianco; in data 26.02.2010 il convenuto aveva costituito il Trust autodichiarato "Bianco 4" avente ad oggetto il suo patrimonio immobiliare, regolato dalla legge dell'isola di Guernsey, assumendo la qualità di *trustee*, con "guardiano" la moglie Luisa Porpora ed unico beneficiario il figlio Junior;

hanno svolto intervento adesivo la Banca di Credito Cooperativo di Signa e la Banca di Credito Cooperativo di Cambiano;

in corso di causa l'attore ha integrato il contraddittorio nei confronti del litisconsorte necessario Junior Bianco, beneficio del Trust impugnato; i convenuti non si sono costituiti in giudizio;

la causa, istruita sulle produzioni documentali delle parti costituite, è stata discussa e decisa all'odierna udienza, nelle forme dell'art. 281 *sexies* cpc; osserva il Tribunale quanto segue.

Sostiene l'attrice che l'atto istitutivo del Trust "Bianco 4", datato 26.02.2010, sarebbe affetto da nullità per i seguenti motivi: a) perché trattasi di Trust interno; b) perché trattasi di Trust "autodichiarato"; c) perché detto Trust è in contrasto con la disciplina dell'art. 2645 *ter* cc; d) perché lo stesso Trust è affetto da numerose clausole nulle.

La prospettazione dell'attrice non è convincente.

In primo luogo, costituisce un approdo giurisprudenziale ormai pacifico quello che riconosce cittadinanza, nell'ordinamento italiano, al cd Trust interno, cioè ad un Trust privo degli elementi della transnazionalità, fatta eccezione per la legge regolatrice dell'istituto che deve essere una legge di un altro ordinamento (nella specie: la legge dello Stato di Guernsey); in secondo luogo, è dato rilevare come la prevalente giurisprudenza ritenga legittimo il cd Trust autodichiarato, istituito da un disponente che di-

chiara se stesso quale *trustee*, destinando determinati beni del proprio patrimonio ad uno specifico scopo.

Neppure si condivide la prospettazione di parte secondo cui l'atto istitutivo del Trust sarebbe viziato da invalidità per la divergenza della sua disciplina rispetto alle previsioni dell'art. 2645 *ter* cc, in tema di atti di destinazione di beni immobili o di mobili iscritti in pubblici registri alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela, rispetto a determinate categorie di soggetti.

A tale proposito si deve osservare che vi è una notevole divergenza tra la *ratio* dell'istituto appena evocato e quella propria del Trust, seppure entrambe le tipologie negoziali producano la segregazione del patrimonio del disponente nell'interesse di un beneficiario o di un determinato programma.

Non coglie nel segno, a giudizio del Tribunale, neppure la censura di nullità rivolta da parte attrice a talune clausole del negozio costitutivo che, a suo giudizio, determinerebbero la nullità dell'intero negozio, a mente dell'art. 1419 cc.

È infatti da escludere, a giudizio del Tribunale, l'essenzialità delle clausole nn. 8.2 lett. L, 8.4 e 12.2.

Ne consegue la reiezione dell'(implicita) domanda di nullità dell'atto costitutivo del Trust.

È invece fondata la domanda revocatoria *ex* art. 2901 cc dell'atto costitutivo del Trust nella parte in cui ad esso sono destinati i beni immobili di proprietà del disponente.

La circostanza che il disponente Giovanni Bianco sia debitore di ingenti somme, nei confronti dell'attrice e delle Banche intervenute, emerge *per tabulas* dalle produzioni documentali in atti.

Quanto ai profili dell'*eventus damni* e della *scientia damni* è da sottolineare che il debitore, con una complessa attività dismissiva del proprio patrimonio, consistita non solo nella costituzione del Trust oggetto di causa, ma anche, nella costituzione, nello stesso periodo, di altro Trust e nel conferimento dei propri cespiti immobiliari in fondo patrimoniale, ha deliberatamente alienato i propri beni, con ciò annullando la generica garanzia del credito, su cui potevano fare affidamento la società attrice e le Banche intervenienti, rappresentata dal proprio patrimonio, come stabilito dall'art. 2740 cc.

Le spese processuali, liquidate in dispositivo in base al valore della controversia (scaglione da euro 500.001,00 fino a euro 1.500.000,00, in ragione dell'ammontare del credito di parte attrice), seguono la soccombenza.

PQM

Il Tribunale di Firenze, definitivamente pronunciando,

rigetta la domanda di parte attrice di nullità dell'atto costitutivo del Trust "Bianco 4", istituito in data 26.02.2010, con atto pubblico del Notaio Ernesto Cudia, repertorio n. 30.249, raccolta n. 14.432; in accoglimento della domanda ex art. 2901 cc di parte attrice, cui hanno aderito le Banche intervenute, dichiara inefficace e, per l'effetto, revoca nei confronti di parte attrice e delle Banche intervenute:

- il medesimo atto pubblico nella parte in cui il disponente Giovanni Bianco ha posto un vincolo di destinazione, dichiarandosene trustee, sui seguenti beni immobili di sua proprietà:

- a) alloggio per civile abitazione ...omissis...;
- b) appezzamento di terreno agricolo ...omissis...;
- c) quota indivisa di...omissis...;

d) ordina al competente Conservatore dei registri immobiliari di provvedere alla pubblicità della sentenza, con esonero da responsabilità;

e) condanna Giovanni Bianco a pagare le spese processuali all'attrice e agli intervenuti, liquidandole:

f) a favore dell'attrice in euro 1.200,00 a titolo di spese, euro 14.850,00 a titolo di compenso, oltre all'IVA e al CPA come per legge;

g) a favore della Banca Di Credito Cooperativo Di Signa in euro 14.850,00 a titolo di compenso, oltre all'IVA e al CPA come per legge;

h) a favore della Banca Di Credito Cooperativo Di Cambiano in euro 14.850,00 a titolo di compenso, oltre all'IVA e al CPA come per legge

Firenze, 11 aprile 2013

Il Giudice

Dott. Riccardo Guida

TESTO DELL'ATTO ISTITUTIVO

Art. 8.2. Premesso che i poteri del trustee sono disciplinati —ai sensi dell'art. 8 della Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985, resa esecutiva in Italia con legge 16 ottobre 1989 n. 364 - dalla legge regolatrice del trust, i poteri attribuiti al Trustee sono i seguenti:

...omissis...

1) potrà rivolgersi all'autorità giudiziaria per ottenere dalla stessa direttive in ordine alle attività da compiersi;

Omissis...

Art. 8.4. Il Trustee risponde nei confronti dei terzi unicamente con i beni del trust, e comunque nei limiti del loro valore, rimanendo esonerato da responsabilità - salvo il caso di dolo o di frode - quanto ai suoi beni personali.

Art. 12 - Legge Regolatrice

Art. 12. 1. ...omissis...

Art. 12.2. Con determinazione scritta del trustee potrà essere scelta una diversa legge regolatrice.

.....
Pubblichiamo estratti dell'atto istitutivo di trust "Bianco 4".

Italia – Tribunale di Milano

Trust istituito dal genitore a vantaggio del figlio minore

Istituzione di trust a vantaggio di minore – autorizzazione del giudice tutelare – durata del trust – arbitrio del minore

Il genitore esercente la patria potestà può essere autorizzato ad istituire un trust vantaggioso per il figlio minore il cui fondo consista nel patrimonio pervenuto al minore per successione dell'altro genitore, il cui atto istitutivo preveda che il figlio, al raggiungimento della maggiore età, possa decidere di sciogliere o mantenere il vincolo qualora, benché legalmente capace, non si senta pronto a gestire il suo patrimonio.

■ **Tribunale di Milano, Giudice Tutelare, I. Mazzei, 6 marzo 2013 – [A.A. quale genitore esercente la potestà genitoriale sul figlio minore X]**

TESTO DEL PROVVEDIMENTO

IL GIUDICE TUTELARE

vista l'istanza depositata in data 27.2.2013 da A.A. nata a (rappresentata e difesa dagli avv.ti B.B. e C.C.) quale genitore esercente la potestà genitoriale sul figlio minore X nato a... il...;

letti gli atti;

ritenuto che l'istituzione di un trust sul patrimonio del minore, ormai definitivamente acquisito a seguito dell'accettazione dell'eredità devoluta dal padre F.A. deceduto in data, sia di fatto vantaggiosa per lo stesso minore il quale, una volta raggiunta la maggiore età, secondo le clausole di cui alla documentazione allegata in atti, verrà posto di fronte alla decisione relativa al possibile scioglimento ovvero al mantenimento del suddetto vincolo e che la medesima decisione, nel caso del mantenimento del trust potrà essere successivamente rinnovata al compimento da parte del beneficiario del 26° anno di età;

rilevato altresì che il trust in oggetto garantirà - previa volontà dello stesso beneficiario - la corretta amministrazione dell'ingente eredità mobiliare da parte di due accreditate società (c.d. trustee) anche nel tempo in cui il beneficiario, ormai pienamente capace di agire perché divenuto maggiorenne, non si senta ancora pronto, per la giovane età, a gestire in piena serenità un così cospicuo patrimonio, consentendo così un'adeguata protezione del giovane e dei suoi beni;

ritenuto che la nomina, in qualità di protector, della madre A.A. econfermi l'effettiva convenienza dell'operazione in quanto persone vicine al minore e deputate a sorvegliare la corretta amministrazione del patrimonio conferito nel trust,

AUTORIZZA

l'istante A.A. nata a Il, in qualità di genitore esercente la potestà sul figlio minore nato a ...il ..., a sottoscrivere l'atto istitutivo di trust nei termini di cui all'istanza nonché alla documentazione ivi allegata e richiamata (doc. 7) conferendo nel fondo i beni mobili di cui ai doc. 6 allegato all'istanza

Il provvedimento è commentato da MariaGrazia Monegat, *supra*, 488.

Italia – Tribunale di Milano

Provvedimento cautelare per la revoca di un trustee

Trust liquidatorio – condotta del trustee – pregiudizio per i creditori – tutela cautelare – applicabilità

Integra il pregiudizio attuale e di difficile riparabilità, con la conseguente applicazione della tutela cautelare *ex art.* 700 c.p.c., la condotta del trustee di un trust liquidatorio privo di guardiano del quale il trustee è anche disponente e beneficiario ultimo, che ha concesso finanziamenti a proprio favore, utilizzato gli immobili inclusi nel fondo in trust senza corrispettivo e omesso qualsiasi rendiconto ai creditori che ne avevano fatto richiesta, procrastinando così la loro liquidazione e ogni attività recuperatoria.

■ **Tribunale di Milano, G. Vannicelli, ordinanza, 22 gennaio 2013 – [G.P. c A.M. quale trustee del G. Srl Trust]**

TESTO DELL'ORDINANZA

nel procedimento cautelare promosso con ricorso depositato ai sensi degli artt. 669 *ter* e 700 c.p.c. in data 6/12/2012 da

G.P. elettivamente domiciliato in Milano, piazza Diaz 7, presso il procuratore e difensore avv. Alessandro Pelosi, che lo rappresenta e difende unitamente all'avv. Matteo Milanese

contro

A.M., nella sua qualità di trustee del G. S.R.L. Trust (nonché, in origine, di liquidatore ed unico socio della G. S.R.L., sedente in Milano, corso Garibaldi 72/1), elettivamente domiciliato in Milano, via Lamarmora 36, presso l'avv. Pierluigi Ferri, ma rappresentato e difeso dall'avv. Margherita Marciandò

letto il ricorso, la comparsa costitutiva del resistente e le memorie successivamente depositate il 18 e 21/1/2013; esaminati i documenti prodotti da ambo le parti, sentiti i procuratori delle parti all'udienza dell'8/1/2013 e sciogliendo la riserva assunta il 21/1/2013,

PREMESSO

che in data 24/12/2012 questo giudice, in parziale accoglimento della domanda cautelare del ricorrente, ha emesso ai sensi dell'art. 669 *sexies* co. 2° c.p.c. il decreto che di seguito si riporta:

(...)

RILEVATO

che l'Avv. G.P., assumendosi e documentandosi creditore per oltre 250.000 euro (di cui quasi 200.000 in forza di titoli esecutivi definitivi o provvisori) sia della G. s.r.l. che del socio unico ed oggi liquidatore di quest'ultima A.M., ha dedotto (e del pari documentato):

- che la G. s.r.l., posta in liquidazione il 23/10/2008, ha conferito tutti i propri immobili in un Trust istituito il 15/12/2010 di cui lo stesso liquidatore M. era ed è settlor, Trustee e (quale socio unico della G. s.r.l.) "beneficiario ultimo", beneficiari immediati risultando la "massa dei creditori della società G. s.r.l. in liquidazione come risultanti dalle scritture contabili della stessa alla data dell'istituzione del presente trust nonché quegli altri eventuali che assumano la qualità di creditori ai sensi del codice civile e muniti di un titolo valido ed efficace";

- che con successivo atto di dotazione di beni a trust rogato sempre dal notaio Chiodi Daelli il 13/9/2011 il medesimo M., in significativa coincidenza con la notificazione del decreto ingiuntivo ottenuto dal P. per € 67.562,43 in linea capitale (7/9/2011), ha conferito nel G. s.r.l. Trust

L'ordinanza sarà commentata nel prossimo numero della Rivista da M. Lupoi.

tutti i propri immobili che a quella data erano ancora liberi da gravami (atto impugnato ex art. 2901 cod. civ. dal ricorrente: causa n. 3846/2012 R.g. Tribunale di Milano chiamata per la precisazione delle conclusioni il 5/2/2013);

- che l'atto istitutivo del Trust, attesa la sua assoluta opacità per la mancanza di pubblicità, l'omessa nomina del consueto enforcer, l'assenza di qualsiasi stato patrimoniale e del programma di liquidazione previsto dal punto c) delle premesse dell'atto istitutivo, era in realtà uno strumento volto unicamente a sottrarre i beni della società e personali all'azione esecutiva dei creditori,

che G.P. ha quindi chiesto in via d'urgenza la revoca in via anticipata e cautelare del M. dalla carica sia di trustee che di liquidatore, evidenziando:

- l'assenza di qualsivoglia rendicontazione in violazione dell'art. 19 dell'atto istitutivo, nonostante la richiesta sul punto (ex art. 19.4 del medesimo atto) rivoltagli dall'avv. Milanese il 12/1/2012;

- l'omessa appostazione nel bilancio della G. s.r.l. dei crediti certi, liquidi ed esigibili del ricorrente;

- l'avvenuta violazione dell'obbligo legale di postergazione mediante stanziamento ex se ed in proprio favore nel bilancio al 31/10/2011 della somma di ben € 1.273.293,00 mediante un non meglio precisato "rimborso debiti verso soci/ finanziatori", con parallelo azzeramento della liquidità sociale;

- l'acquisto sine causa, in qualità di trustee, dalla conoscente C.L. dell'immobile di ... in Milano ove il convenuto risiedeva ed avevano sede sia la liquidazione che il Trust;

RITENUTO

allo stato non potersi dubitare della qualità di creditore personale del M. e - quel che qui conta - della G. s.r.l. in capo a G.P., per un importo in linea capitale che dai titoli giudiziali prodotti non può ritenersi inferiore ad € 197.462,85 soltanto in linea capitale;

che le evidenze fattuali e documentali sin qui citate rendono indispensabile, al fine di evitare che il trustee compia ulteriori violazioni dei suoi doveri istituzionali e possa ulteriormente dissipare o comunque distogliere (a favore proprio o di terzi "amici") i beni residui del Trust, la sua immediata sostituzione - del resto espressamente consentita all'autorità giudiziaria in via ordinaria dalla clausola 20.2 dell'Istituzione di Trust- con soggetto veramente imparziale che consenta al G. s.r.l. Trust di realizzare effettivamente e celermente le finalità liquidatorie sue proprie;

che inoltre l'assoluta opacità della condotta del M. in totale violazione totale dei doveri di rendicontazione su di lui incombenti quale trustee, l'inconsistenza e dilatorietà delle difese da lui opposte all'odierno ricorrente nella causa revocatoria, e gli indebiti rimborsi (nonché ingiustificati acquisti) che la sua contemporanea qualità di liquidatore, settlor, trustee e proprietario gli ha sinora consentito di operare impunemente, integrano quel pericolo di secondo grado che giustifica - ed anzi impone - l'adozione del provvedimento di revoca inaudita altera parte ai sensi del secondo comma dell'art. 669 sexies c.p.c.;

che invece non pare rispondere ad un concreto interesse del P., salva ogni miglior futura determinazione, la revoca del M. dalla carica liquidatoria, posto che ogni attività di liquidazione dei beni e soddisfazione dei creditori della G. s.r.l. è attualmente di diritto e di fatto demandata al G. s.r.l. Trust,

P.T.M.

visti gli artt. 669 sexies co. 2° e 700 c. p. c.,

1) revoca con effetto immediato A.M., nato a ... il ..., dalla carica di trustee del G. s.r.l. Trust istituito con atto rogato il 15/12/2010 dal notaio Chioldi Daelli di Milano ai nn. 176291/38416 di suo Rep., e Raccolta;

2) sostituisce al convenuto nella carica di trustee del Trust indicato al precedente capo 1) il dr. S.V., con studio in Milano, *Omissis*;

che, notificati il ricorso ed il decreto di cui sopra nello strettissimo termine prescritto, A.M. -in proprio e nella sua duplice qualità- si è costituito con ampia comparsa chiedendo la reiezione di tutte le domande cautelari del P. e la revoca del decreto interinalmente emesso;

che all'udienza il ricorrente ha fra l'altro dichiarato di rinunciare ad ogni domanda di revoca del M. dalla carica di liquidatore della G. s.r.l., limitandosi nel successivo scambio di memorie ad insistere per la conferma del decreto;

OSSERVA

A) Nell'ampio contraddittorio cautelare, le parti si sono purtroppo a lungo intrattenute - attingendo e forse superando il limite della dialettica e retorica processuali- sulla rispettiva credibilità anche personale, professionale e morale.

Trattasi all'evidenza di orpelli che nulla hanno a che vedere con il tema del presente procedimento, spiegabili con l'assunzione della difesa tecnica ad opera di stretti congiunti delle parti.

Non se ne terrà pertanto alcun conto neppure -attesa anche la reciprocità della denigrazione- ai fini delle spese processuali.

B) All'iniziativa del P. nonché indirettamente al provvedimento provvisorio il resistente - o meglio, agendo il M. sia *uti singulus* che quale *settlor*, *tustee* ed ultimo beneficiario del G. s.r.l. Trust, le parti resistenti - hanno anzitutto opposto alcune obiezioni processuali.

B).1 La prima di esse è che G.P. difetterebbe di legittimazione attiva per inesistenza del credito azionato; nel senso che questo, essendo portato da decreti ingiuntivi tutti -tranne uno- ancora *sub iudice* e solo in parte muniti della clausola di provvisoria esecutività, sarebbe privo del necessario carattere della certezza e definitività.

A parte che seguendo il filo del ragionamento del resistente l'eccezione risulta "autorispondente", ché almeno uno dei titoli sui quali si fonda il credito dell'attore (legittimando il suo interesse alla revoca e sostituzione del *trustee* di un Trust istituito proprio per il soddisfacimento dei creditori anteriori della G. s.r.l.) ha i caratteri che il M. pretenderebbe, nella presente sede cautelare è necessario e sufficiente che il P. offra una prova sommaria della mera verosimiglianza del suo credito.

Ed a fronte di almeno due decreti (i nn. 28563 e 34267/2011 emessi dal Tribunale di Milano rispettivamente per € 67.562,43 e 128.425,46 in linea capitale) i quali sono già stati oggetto di vaglio positivo da due diversi giudici dell'opposizione mediante ordinanze che hanno nell'un caso confermato e nell'altro concesso la provvisoria esecuzione ai sensi degli artt. 649 e 648 c.p.c., può ritenersi in questa sede che tale onere sia stato assolto.

B).2 Secondo l'attenta prospettazione dei resistenti, l'istanza del P. per la revoca di A.M. dalla carica di *trustee* sarebbe poi inammissibile:

- perché essa costituisce in realtà il *petitum* della causa di merito, onde il suo accoglimento integrerebbe "una illegittima configurazione cautelare che verrebbe data ad una pronuncia che è (...) prettamente appartenente al merito della cognizione piena";

- perché proposta in violazione dell'art. 20.2 dell'atto istitutivo del Trust, giusta il quale la revoca o la sostituzione del *trustee* è rimessa al Presidente del Tribunale.

Alla prima obiezione deve risponderci che l'unico limite ricavabile dal sistema -e comunque discusso, nel silenzio della norma- all'anticipazione in via urgente ed interinale degli effetti della decisione sul merito del diritto cautelando in cui si sostanzia il rimedio previsto dall'art. 700 c.p.c. è rappresentata dalla irreversibilità della modificazione della situazione giuridica del convenuto, tale per cui un provvedimento che anticipi gli effetti del provvedi-

mento definitorio del merito in modo non più reversibile non potrebbe essere emesso in via cautelare.

Ciò non può per definizione verificarsi nel caso di specie, in cui il soggetto terzo eventualmente designato quale trustee potrebbe sempre essere a sua volta utilmente sostituito, ricorrendone le condizioni, da altri, ivi compreso lo stesso M..

E del resto il sistema processuale prevede in una situazione per certi aspetti analoga di "amministratore di un patrimonio separato altrui", e in particolare al terzo comma dell'art. 2476 cod. civ., la revoca dell'amministratore di società a responsabilità limitata già in via cautelare, la quale va necessariamente proposta prospettando nell'eventuale merito (anche) una domanda di revoca dall'amministrazione in via definitiva; ciò che consente anche di concludere, difettando l'istituto del trust di analoga disposizione processuale, che il ricorso del P. assolve fra l'altro al requisito della residualità pure previsto dal primo inciso dell'art. 700 c.p.c. per l'ammissibilità della tutela cautelare atipica.

Quanto alla seconda obiezione, basterà rilevare come da un lato la rimessione statutaria della decisione sulla revoca o sostituzione del trustee sia rimedio di natura non processuale ma *lato sensu* negoziale (mandato congiunto ora per allora fatto dalle parti a tale organo), che può in ogni caso ben concorrere con la revoca chiesta in via urgente al giudice competente; e dall'altro che l'operatività e conformità a legge di tale clausola pare quantomeno dubbia, potendo al Presidente del Tribunale in quanto organo dotato di competenze proprie essere attribuite tutte e sole le incombenze che ad esso demanda la legge, e non certo tutte quelle altre che qualunque soggetto decidesse negozialmente di conferirgli quasi si trattasse di un organo di mediazione (in ciò dovendosi parzialmente correggere un inciso della motivazione del decreto).

C) Anche la probabilità della fondatezza del diritto azionato dal P. è stato oggetto di una penetrante critica ad opera della difesa dei resistenti, che ha tentato di confutare le censure di inadempienza di doveri di legge e di atto istitutivo che il ricorrente ha rivolto ad A.M.; confutazione che ha trovato un supporto documentale nella produzione in giudizio di due rendiconti del Trust per gli esercizi 2011 e 2012, con relative note esplicative.

C).1 Particolarmente significativa è la replica del M. alla questione dello stanziamento fatto a favore di se stesso per l'importo di € 1.273.293,00 che egli avrebbe erogato a titolo di finanziamento alla G. s.r.l., secondo cui appunto di questo si tratterebbe: un mero stanziamento, senza deroga alla regola della postergazione dei finanziamenti dei soci di ss.r.l.

Ma la gravità dell'appostazione, peraltro contraddetta dalla pretesa del M. di compensare sin d'ora quanto egli deve indennizzare ai creditori per la confessata occupazione di uno degli immobili conferiti al Trust (ché se il credito non è esigibile, neppure può esser speso in compensazione senza un assenso dei creditori a protezione e miglior soddisfazione dei quali il TRUST sarebbe stato istituito), sta proprio nel costituire l'epifenomeno di quell'insanabile conflitto di interessi che nasce dall'assommarsi in capo ad A.M. di ogni potere sul patrimonio e sulla gestione sia della G. s.r.l. che del Trust, senza alcun contrappeso interno a favore di quei creditori che pure istituzionalmente dovrebbe in via esclusiva e primaria tutelare.

È questo il luogo per ribadire, approfondendo quanto già provvisoriamente statuito il 24/12/2012, che un trust liquidatorio può essere configurato -senza volutamente qui affrontare il tema della sua conformità all'ordine pubblico economico italiano con speciale riguardo alla liquidazione delle società di capitali- sia quale trust per uno scopo (il soddisfacimento dei creditori dell'impresa) sia quale trust per beneficiari (i creditori dell'impresa): il che può esser perseguito con soluzioni tecniche diverse, ma non consente in ogni caso di ritenere conforme alla *ratio* dell'istituto una struttura in cui disponente, trustee ed ultimo beneficiario coincidano e sia invece assente un guardiano.

A voler infatti configurare il trust liquidatorio come trust di scopo, esso dovrebbe avere necessariamente un guardiano, ed infatti tutte le leggi straniere note allo scrivente che disciplinano i trust per uno scopo non benefico lo prevedono.

Se invece si optasse per il tipo "trust per beneficiari", lo stesso dovrebbe quantomeno prevedere -in assenza di un *enforcer*- che i beneficiari stessi siano titolari di effettivi poteri di controllo sull'operato del trustee, ad esempio partecipando a un comitato chiamato ad esprimere pareri vincolanti rispetto a specifici atti del trustee.

Nulla di tutto ciò è previsto nel Trust in esame, la cui architettura giuridica ha infatti consentito al M.:

- non solo di stanziarsi in tre contemporanee vesti (socio creditore, trustee e liquidatore) il cospicuo finanziamento,

- ma altresì di acquisire a sua discrezione nuovi beni (l'appartamento di ...) e cedere al Trust (segregandoli in danno dei creditori personali, fra i quali lo stesso ricorrente) gli unici beni di proprietà personale non gravati da pignoramenti e ipoteche, in ambedue i casi senza che l'importo dei debiti della G. s.r.l. (rendicontati, oltre a quelli verso lo stesso M., per soli altri € 292.424,00) lo giustificasse in alcun modo;

- nonché di utilizzare alcuni di quegli immobili personalmente e senza corrispettivo;

- il tutto senza alcuna rendicontazione ai creditori che pure gliene avevano fatto richiesta (i rendiconti, senza data certa, sono stati finalmente depositati soltanto in data 8/1/2013) e soprattutto, come sottolineato ad altri fini dallo stesso M., senza pubblicità di sorta.

Il che disegna un meccanismo giuridico totalmente insoddisfacente per i creditori che pure dovrebbe istituzionalmente tutelare: ed invece idoneo di fatto, a ben vedere, a perseguire efficacemente il solo interesse -personale ed *uti socius* (unico)- dello stesso M. a procrastinare la liquidazione della G. s.r.l. e ad impedire *sine die* ogni iniziativa recuperatoria dei creditori di quella e personali sui numerosi immobili già della G. s.r.l. e suoi propri.

C).2 Con il che si è data già risposta alle altre obiezioni dei resistenti in merito alle finalità di tutela dei creditori che il Trust istituzionalmente e il M. nella sua veste di trustee starebbero perseguendo (pag. 10 della memoria costitutiva); alla natura dei crediti al passivo del Trust (pag. 11 *ibidem*); al significato da attribuire alla devoluzione al Trust di beni personali o -previo acquisto- di terzi (pagg. 11 e 13 - 14); non senza sottolineare che, se davvero la preoccupazione del trustee fosse quella di tutelare tutti i "reali" creditori della G. s.r.l. nel rispetto della legge (richiamata implicitamente o espressamente dagli artt. 1, 9 e 27 dell'atto istitutivo) e della giurisdizione (art. 11) italiana, non può in alcun modo giustificarsi il rifiuto, ribadito in questa sede, di assolvere -sia pur con riserva di ripetizione- alle ingiunzioni di pagamento che l'autorità giudiziaria ha prima pronunciato e quindi reso esecutive a carico della G. s.r.l.

D) Se quindi:

- al trustee sono di fatto attribuiti poteri illimitati (ivi compreso quello di "convenire con se stesso" e prelevare compensi ex art. 22 atto istitutivo) e, soprattutto, incontrollabili e non soggetti ad alcuna specifica pubblicità;

- A.M. ha pienamente utilizzato tali poteri in modi che, come denunciato al ricorrente e qui sinteticamente riepilogato, rispondono ad interessi altri e diversi rispetto a quelli dei pochissimi creditori della G. s.r.l., ed anzi sono in concreto con quelli confliggenti;

- senza oltretutto, ad oltre due anni dalla istituzione del Trust, che sia neppure abbozzato quell'"efficace programma di liquidazione" che costituirebbe la premessa espressa e il senso ultimo della segregazione patrimoniale in questione,

non può contestarsi che nella specie che il diritto del creditore G.P. al rispetto da parte del trustee delle norme pattizie e di legge poste a fondamento del Trust è sottopo-

sto al pericolo di un pregiudizio attuale e di difficile riparabilità, ove A.M. proseguisse a rivestire tale carica.

Unico appropriato rimedio a tale pericolo pare, in attesa della pronuncia definitiva di merito, la destituzione del M. e la sua sostituzione con professionista realmente terzo già disposta con decreto; la cui remunerazione non sembra tale, a fronte del pingue attivo del Trust e della pochezza dei crediti non postergati, a pregiudicare la soddisfazione di questi ultimi paventata dai resistenti.

E) Segue da quanto precede l'integrale conferma del decreto emesso il 24/12/2012; che soltanto andrà integrato precisando che al trustee spettano tutti i poteri derivanti dalla legge e dall'atto istitutivo del Trust, nessuno escluso, ivi compreso quello di procedere tramite notaio di sua scelta ed a spese del Trust alle dovute modificazioni dell'atto istitutivo dello stesso imposte dalla sua nomina giudiziale.

F) Le spese del presente procedimento, anche ai sensi dell'art. 669 co. 6° e 7° c.p.c., vanno infine poste a carico solidale di A.M. in proprio e del G. s.r.l. Trust, e possono congruamente liquidarsi -tenendo conto, quanto al valore della domanda, dei crediti allegati dal P., e quanto al pregio delle difese, alla particolarità e complessità dei temi di causa trattati nei due atti depositati- in € 11.000,00, oltre al rimborso delle spese di contributo unificato, notifica e copia per complessivi € 629,19; ed oltre sull'imponibile al rimborso del contributo previdenziale di categoria ed alla rivalsa dell'imposta sul valore aggiunto alle rispettive aliquote di legge.

P.T.M.

letti gli artt. 669 *sexies* co. 2° ultima parte, 669 *octies* co. 6° e 7° e 700 c.p.c.,

1) conferma il decreto emesso fra le parti in data 24/12/2012;

2) conferisce al dr. S.V., già sostituito ad A.M. quale trustee del G. s.r.l. Trust, tutti i poteri attribuiti al trustee dalla legge applicabile e dall'atto istitutivo, autorizzandolo alla modifica di quest'ultimo in conformità al presente provvedimento mediante atto modificativo che stipulerà presso notaio di sua scelta a spese del trust;

3) condanna il G. s.r.l. Trust ed A.M. a rifondere a G.P. le spese del procedimento, che liquida in complessivi € 11.629,19, oltre su € 11.000,00 al rimborso del contributo previdenziale di categoria ed alla rivalsa dell'imposta sul valore aggiunto alle rispettive aliquote di legge;

4) manda la Cancelleria per l'immediata comunicazione della presente ordinanza ai procuratori del ricorrente, per via telematica, nonché via fax al dr. V.

Milano, 22 gennaio 2013

Il giudice designato

Guido Vannicelli

Italia – Tribunale di Genova

“Atto di destinazione” connesso alla separazione coniugale

Separazione coniugale – “atto di destinazione” – condizione sospensiva di efficacia – tutela degli interessi del minore

Può essere omologata la separazione dei coniugi che hanno posto in essere un atto denominato “Atto di Destinazione”, sospensivamente condizionato al provvedimento di omologa, per dare rilevanza giuridica alla gestione e alla destinazione dei beni coniugali nell’interesse della famiglia, e per far fronte ai bisogni abitativi e primariamente, ma non esclusivamente, alle esigenze di cura del figlio minore.

■ **Tribunale di Genova, A. Scarzella, Pres., B. Musso, G., D. Pellegrini, G., decreto, 11 dicembre 2012 – [Vaghi Alfredo c Manti Gabriella]**

TESTO DEL DECRETO

TRIBUNALE DI GENOVA

Verbale di separazione consensuale nella causa n. R.G. ... promossa da:

Vaghi Alfredo e Manti Gabriella

Oggi 6/12/2012 alle ore avanti il Tribunale di Genova nella persona dell’Ill.ma Dott. ssa Scarzella, assistita dal Cancelliere sottoscritto, sono comparsi:

Vaghi Alfredo, nato a Genova il 15/12/1965, ed ivi residente in Via Italia n. 20, commerciante, diplomato assistito dall’Avv. Giovanni Ceriana che lo rappresenta e difende come da procura a margine della seconda facciata del ricorso introduttivo del presente giudizio

e

Manti Gabriella, nata a Chiavari (GE) il 11/02/1970 e residente in Genova Via Lungarotta 27, commerciante, diplomata assistita dall’Avv. Giuseppe Palermo che la rappresenta e difende come da procura a margine della prima facciata del ricorso introduttivo del presente giudizio.

Interrogati i coniugi prima separatamente e poi congiuntamente, gli stessi dichiarano:

1. di avere contratto matrimonio concordatario, in regime di separazione dei beni, in Genova il giorno 27/04/1995;

2. che da tale unione in data 13/11/2004 è nato il figlio Fabrizio;

3. che nel prosieguo del rapporto coniugale sono insor-

ti contrasti tali che hanno reso non più perseguibile la convivenza e che avrebbero legittimato la Sig. ra Manti Gabriella a richiedere la separazione giudiziale con addebito di colpa al marito;

4. che, comunque, è intenzione dei coniugi comporre ogni loro contrasto in vista della loro separazione e per questa ragione essi hanno concordato, con l’Atto di Destinazione a rogito Notaio Luigi Francesco Riso in data 20 giugno 2012 repertorio 29052 raccolta 16569 allegato al ricorso introduttivo del presente giudizio, di dare rilevanza giuridica e regole all’affidamento consolidatosi nel tempo, anche a seguito della nascita del loro figlio, sulla gestione e destinazione nell’interesse della famiglia riguardo l’immobile attualmente adibito ad abitazione coniugale ed ad altro appartamento che sarà abitato dal Sig. Vaghi nonché riguardo le loro partecipazioni nella società “Almone S.r.l.” (Beni Destinati dettagliatamente individuati nel documento allegato all’Atto di Destinazione sotto la lettera “A”), in modo da evitare che eventuali vicende personali o contrasti sopravvenuti prima della loro separazione possano compromettere l’armonia familiare ed in particolare danneggiare la posizione e gli interessi del figlio minore, sul presupposto e così sotto la condizione sospensiva del positivo controllo di legittimità da parte del Tribunale in sede di omologa della loro separazione consensuale, ovvero di sentenza di separazione giudiziale, dove il Tribunale condivida che la destinazione dei Beni Destinati dispo-

I nomi e dati personali delle parti sono stati sostituiti con nomi e dati personali di fantasia.

sta con l'Atto di Destinazione sia meritevole di tutela nell'interesse del loro figlio minore;

5. che, in particolare, la Sig.ra Manti Gabriella, sulla base di tale affidamento, ha rinunciato a richiedere pronuncia di separazione con addebito di colpa al Sig. Vaghi Alfredo, a condizione che egli accettasse - come in effetti ha accettato - di sottoscrivere unitamente alla propria consorte l'atto di destinazione dei rispettivi beni a favore del figlio minore Fabrizio, più sopra richiamato;

6. che i beni oggetto di destinazione a favore del figlio Fabrizio sono ... *Omissis* ...

7. che l'atto di destinazione di cui al capo precedente, trascritto presso la Conservatoria dei Registri Immobiliari di Genova e presso il Registro delle imprese di Genova rispettivamente in data 14/4/2012 e in data 18/10/2012, è sospensivamente condizionato alla omologa del presente verbale;

tutto ciò premesso, il Sig. Vaghi Alfredo e la Sig. ra Manti Gabriella, insistono affinché Pili. Mo Giudice adito voglia dichiarare la loro separazione consensuale e autorizzarli a vivere separatamente alle seguenti condizioni:

8. riconosciuta la meritevolezza nell'interesse del figlio minore Fabrizio e della famiglia del vincolo di destinazione di cui all'atto a rogito Notaio Luigi Francesco Riso del 20/6/2012 n. Rep. 29052 sui beni elencati al precedente paragrafo 6 del presente verbale, ordinare al Conservatore dei Registri Immobiliari di Genova ed al Direttore dell'Ufficio del Registro delle Imprese di Genova, per quanto di competenza di quest'ultimo, di procedere alla trascrizione del presente verbale e della relativa omologa e/o, alternativamente, ordinare loro la cancellazione della condizione sospensiva dell'atto di destinazione stesso; in merito, i ricorrenti sin d'ora dichiarano di esonerare il Conservatore dei Registri immobiliari di Genova, il Direttore dell'Ufficio del Registro delle imprese di Genova e la Cancelleria del Tribunale di Genova per tutte le responsabilità relative alla trascrizione del presente verbale e della conseguente omologa e/o della loro annotazione quale avveramento della condizione sospensiva, impegnandosi altresì gli stessi ad incaricare dell'esecuzione delle relative formalità il Notaio Luigi Francesco Riso di Genova;

9. il figlio minore Fabrizio viene affidato ad entrambi i genitori congiuntamente con le seguenti modalità e con il mantenimento della collocazione e della residenza anagrafica presso la madre, fatto salvo il principio dell'altemanza relativamente alle più importanti festività e ricorrenze o chiusura della scuola:

a) il padre terrà il figlio i fine settimana, alternativamente alla madre; qualora uno dei genitori fosse impossi-

bilitato a tenere con sé il minore nel fine settimana assegnato per motivi esclusivamente legati ad esigenze di lavoro ovvero di salute propria o del figlio, questi recupererà trascorrendo con lo stesso due weekend continuativi;

b) il padre potrà altresì trascorrere il mercoledì dalle ore 19 alle ore 22 con il figlio presso l'abitazione della madre;

c) i genitori si comunicheranno entro la fine di maggio il programma per le vacanze estive, per le quali il padre potrà tenere il figlio per un periodo non inferiore a due settimane continuative;

1. il padre si impegna a versare alla madre per il mantenimento del figlio un contributo, entro il giorno cinque di ogni mese, di € 500,00, soggetto a rivalutazione annuale;

2. i coniugi si impegnano:

- a consultarsi per ogni questione che riguardi i problemi educativi, e scelte sociali e scolastiche e la salute del figlio tutte le volte che si presenta la necessità, anche alla luce dell'accordo in ordine alle spese afferenti qui di seguito convenute;

- le spese di straordinaria amministrazione tutte, quali a titolo esemplificativo quelle mediche (non mutuabili), scolastiche, ludico-ricreative, sportive, previo consultazione come sopra previsto, sono a carico di entrambi i coniugi in pari misura;

- il padre potrà comunicare con il figlio, anche quotidianamente; i contatti telefonici tra il figlio ed il genitore non presente dovranno essere sempre agevolati dall'altro genitore presente;

- genitori hanno l'obbligo di comunicare sempre il proprio recapito anche telefonicamente e, comunque, gli stessi devono sempre essere a conoscenza degli eventuali spostamenti in altre località quando hanno con sé i minori;

- entrambi i genitori si impegnano ad evitare frequentazioni in presenza del minore che possano ingenerare confusione sulle figure genitoriali;

- i coniugi si prestano reciprocamente autorizzazione al rilascio e/o rinnovo dei rispettivi passaporti e/o documenti equipollenti validi per l'espatrio e per riscrizione del figlio minore senza necessità di ulteriore adempimento;

- i coniugi danno atto di aver provveduto alla divisione delle cose comuni e di essere allo stato economicamente indipendenti, cosicché non vi è al momento necessità di fissare a favore dell'uno o dell'altro un assegno di mantenimento.

L.C.S.

Il Presidente

riuscito vano il tentativo di conciliazione, da atto del consenso dei coniugi alla separazione alle condizioni su precisate.

Riserva al Collegio l'omologazione.
L.C.S.

Il PM nulla oppone

TRIBUNALE ORDINARIO DI GENOVA

Il giorno 11/12/2012 riunito in camera di consiglio nelle persone di

dott. Scarzella Alessandra, Presidente
dott. Musso Bartolomeo, Giudice
dott. Pellegrini Domenico, Giudice
ha pronunciato il seguente

DECRETO

ritenuto che i coniugi

Vaghi Alfredo
nato a Genova il 15/12/1965

Manti Gabriella
nata a Chiavari (GE) il 11/02/1970

Matrimonio celebrato il 27/04/1995 a Genova - si sono separati consensualmente avanti il Presidente di questo Tribunale in data 06/12/2012 ;

che le condizioni della separazione appaiono conformi alla legge;

Visto il parere favorevole del P. M.
Visto l'art. 711 c.p.c.;

OMOLOGA

La separazione consensuale dei predetti coniugi alle condizioni di cui al ricorso e confermate con il verbale dell'udienza citata e ciò a tutti gli effetti di legge;

ORDINA

che il presente decreto sia trasmesso a cura della cancelleria in copia autentica

per l'annotazione ai sensi dell'art. 69 lett. D d.p.r 3-11-2000 n 396 ordinamento dello stato civile all'ufficiale dello stato civile del comune di Genova.

Così deciso in camera di consiglio il 11/12/2012

Il Presidente
dott. Scarzella Alessandra

TESTO DELL'ATTO DI DESTINAZIONE

ATTO DI DESTINAZIONE
REPUBBLICA ITALIANA

Il 20 (venti) giugno 2012 (duemiladodici) in Genova, Via XII Ottobre civico dodici, interno tre scala C, al piano secondo, nel mio studio.

Davanti a me Luigi Francesco Riso Notaio in Genova, iscritto nel Ruolo dei Distretti Notarili Riuniti di Genova e Chiavari, assistito dai testimoni noti, idonei e richiesti da me Notaio: ...*Omissis*...

Sono comparsi:

Vaghi Alfredo, nato a Genova il 15/12/1965, ed ivi residente in Via Italia n. 20, (d'ora innanzi indicato come "Alfredo");

Manti Gabriella, nata a Chiavari (GE) il 11/02/1970 e residente in Genova Via Lungarotta 27, (d'ora innanzi indicata come "Gabriella");

(nel prosieguo congiuntamente anche Affidanti);

i quali in relazione al disposto dell'articolo 2659 del codice civile, sotto la loro personale responsabilità, consapevoli delle sanzioni penali previste per dichiarazioni mendaci, ai sensi delle leggi vigenti ed in particolare dal D.P.R. 28 dicembre 2000 numero 445, artt. 3, 48 e 76, dichiarano di essere coniugi in regime di separazione dei beni.

Detti componenti, della identità personale dei quali io Notaio sono certo,

premettono che

a) difficoltà verificatesi nella loro vita matrimoniale, hanno maturato, dopo un periodo di separazione di fatto nella stessa casa coniugale da loro abitata con il figlio Fabrizio Vaghi, nato a Genova (GE) il 13 novembre 2004 (nel prosieguo Fabrizio), la scelta di separarsi legalmente in modo consensuale, e nei prossimi giorni attiveranno il procedimento giudiziale diretto ad ottenere l'omologa della separazione legale consensuale avendo affidato l'incarico di assisterli in tale procedimento rispettivamente all'avvocato Giovanni Ceriana, con studio in Genova, Corso Torino n. 17/8 scala A Alfredo e all'Avvocato Giuseppe Palermo, con studio in Genova, Via Assarotti n. 17/20 Gabriella;

b) che su tali presupposti, e così condizionatamente alla omologa della loro separazione consensuale ovvero di

.....
Pubblichiamo qui di seguito l'"Atto di Destinazione" cui si fa riferimento nel verbale di separazione consensuale.

una sentenza di separazione giudiziale dove il giudice ritenga di avvalersi nell'interesse del figlio minore di questa destinazione, intendono con il presente atto dare rilevanza giuridica e regole all'affidamento consolidatosi nel tempo anche a seguito della nascita del loro figlio, sulla gestione e destinazione nell'interesse della famiglia riguardo l'immobile attualmente adibito ad abitazione della famiglia ed ad altro appartamento che sarà abitato da Alfredo nonché le loro partecipazioni nella società "Almone S.r.l." (beni dettagliatamente individuati nel documento allegato a questo atto sotto la lettera "A" e nel prosieguo Beni Destinati) il cui patrimonio costituisce garanzia per il rimborso di un debito garantito da ipoteca su entrambi gli immobili oggetto della destinazione, fino a che tali immobili non vengano liberati dall'ipoteca che oggi li gravano, in modo da evitare che eventuali vicende personali o contrasti sopravvenuti prima della loro separazione legale possano compromettere l'armonia familiare ed in particolare danneggiare la posizione e gli interessi del figlio minore, avendo Gabriella su tali presupposti non avviato il procedimento di separazione con addebito nei confronti del marito;

c) tutte le parole e le espressioni definite nelle premesse e nelle disposizioni che seguono nel corso di questo Contratto si applicano, se non indicato diversamente, a ogni sua disposizione e agli atti che ne costituiscono esecuzione o sono ad esso espressamente collegati.

Tanto premesso come parte dispositiva e sostanziale del presente atto i comparenti convengono e stipulano quanto segue:

ARTICOLO 1 OGGETTO

1.1 Alfredo e Gabriella, per le ragioni sopra esposte, destinano i Beni Destinati per le finalità ritenute meritevoli indicate in premessa, senza trasferirne la proprietà.

I comparenti danno atto che i Beni Destinati quanto agli immobili sono gravati dalle seguenti formalità:

...*Omissis*...

1.3 Alfredo e Gabriella stabiliscono che la destinazione sia sottoposta alle seguenti regole e disposizioni.

ARTICOLO 2 BENEFICIARI DELLA DESTINAZIONE

2.1 Sono Beneficiari della destinazione il figlio Fabrizio e nei limiti dei loro bisogni gli Affidanti con preferenza di colui che convive con il figlio Fabrizio.

2.2 I diritti e le prerogative dei Beneficiari della destinazione incapaci loro attribuiti da questo strumento sono esercitati dal loro legale rappresentante.

ARTICOLO 3 BENI DESTINATI

3.1 Per Beni Destinati si intendono:

- i. in Beni individuati nel documento allegato a questo atto sotto la lettera "A";
- ii. ogni altro bene o diritto destinato per le finalità di cui al successivo art. 4, secondo le regole contenute nel presente atto;
- iii. ogni reddito o utilità derivanti dagli Immobili;
- iv. ogni trasformazione, permutazione, sostituzione, incremento, surrogazione degli Immobili;
- v. ogni somma ricavata dalla vendita o da atti dispositivi degli Immobili.

ARTICOLO 4 FINALITA' DELLA DESTINAZIONE – IMPIEGO DEI BENI DESTINATI

4.1 La destinazione ha la funzione di fornire quanto occorrente per fare fronte ai bisogni abitativi ed alle esigenze di mantenimento e di cura di ciascun Beneficiario della destinazione, mediante l'impiego a suo vantaggio dei Beni Destinati nel primario interesse di Fabrizio.

4.2 Per perseguire le finalità della destinazione potrà essere compiuto ogni atto di disposizione sui Beni Destinati, ivi compresa la vendita.

ARTICOLO 5 CONTROLLO E AMMINISTRAZIONE DEI BENI DESTINATI

5.1 Il termine Affidatario indica il soggetto obbligato a realizzare la destinazione secondo le regole stabilite con il presente atto. In caso di più soggetti la locuzione "un Affidatario" indica ciascuno di essi e il termine "Affidatari" indica l'insieme di tali soggetti.

5.2 Affidatari della destinazione sono Alfredo e Gabriella ciascuno di essi finché in vita e non incapace ovvero revocato ai sensi del successivo 5.4 ovvero dall'Autorità giudiziaria.

5.3 In ogni momento di durata del periodo di destinazione, su istanza motivata di un Beneficiario della destinazione, il Presidente del Consiglio Notarile di Genova potrà revocare un Affidatario e nominare nuovi Affidatari, in luogo dei precedenti, o Affidatari aggiuntivi, stabilen-

done poteri, criteri di amministrazione ed eventualmente il compenso.

5.4 L'Affidatario anche se diverso dall'Affidante non acquisisce, per effetto dello svolgimento di tale funzione, la proprietà dei Beni Destinati, ma ha pieni poteri di amministrazione e di disposizione dei Beni Destinati, corrispondenti a quelli di un mandatario con rappresentanza nell'interesse di terzi, senza che gli si possano opporre indeterminatezza o mancanza di poteri. Gli atti compiuti dall'Affidatario si presumono compiuti per il conseguimento delle finalità della destinazione ed il terzo contraente in buona fede potrà fare pieno affidamento, senza alcun dovere di verifica anche con riferimento all'impiego del ricavato.

5.5 Le obbligazioni di un Affidatario corrispondono alle obbligazioni di un mandatario.

5.6 Gli Affidatari sono tenuti a custodire i Beni Destinati e sono altresì tenuti al compimento di ogni attività necessaria per tutelare la consistenza fisica dei Beni Destinati, il titolo di appartenenza e, se del caso, il possesso.

5.7 In caso di più soggetti Affidatari, ogni decisione è presa all'unanimità.

5.8 Gli Affidatari intrattengono conto dedicato, bancario o postale su cui far confluire le eventuali liquidità ricomprese nei Beni Destinati.

ARTICOLO 6

PERIODO DI DURATA DELLA DESTINAZIONE – ATTRIBUZIONE DEI BENI AL TERMINE DELLA DESTINAZIONE

6.1 La destinazione cessa al verificarsi del primo dei seguenti eventi:

i. decorso di sessanta anni dalla sottoscrizione di questo atto;

ii. quando non vi sia più alcun Beneficiario della destinazione in vita;

iii. a seguito di dichiarazione di cessazione della destinazione resa per atto scritto congiuntamente dai Beneficiari della destinazione;

iv. mancanza di Beni Destinati;

v. qualora vi sia coincidenza fra l'unico Beneficiario della destinazione e l'unico proprietario dei Beni Destinati.

6.2 Decorso il periodo di durata della destinazione, i Beni Destinati allora esistenti rientrano nella libera disponibilità e proprietà degli Affidanti o dei loro eredi o aventi causa.

ARTICOLO 7

ACCETTAZIONE DELLA FUNZIONE

7.1 Alfredo e Gabriella accettano funzioni e poteri ad

essi attribuiti con questo atto e conseguenti responsabilità derivanti da questo atto di destinazione, e dichiarano che eserciteranno tali funzioni e poteri per la realizzazione della destinazione.

ARTICOLO 8

PUBBLICITA'

8.1 Dovrà darsi pubblicità e rilevanza del vincolo di destinazione costituito con questo atto sui Beni Destinati ai sensi dell'art. 2645 ter C.C..

ARTICOLO 9

INAPPLICABILITA' DELLE NORME PREVISTE PER I TRASFERIMENTI DI PROPRIETA'

9.1 I comparenti concordano nel ritenere inapplicabili al presente atto le disposizioni di cui all'art. 40 l. 28 febbraio 1985, n. 47, e all'art. 46 del D.P.R. numero 380 del 6 giugno 2001, in tema di menzioni urbanistiche, né l'art. 29, comma primo bis, legge 27 febbraio 1985, n. 52, in tema di dichiarazione di conformità catastale, né delle norme in tema di certificazione energetica, non avendo esso ad oggetto il trasferimento della proprietà o di altri diritti reali né la costituzione o lo scioglimento della comunione di diritti reali.

ARTICOLO 10

SPESE – DICHIARAZIONI TRIBUTARIE

10.1 Le spese e imposte del presente atto sono a carico dei comparenti.

10.2 Si chiede che, secondo l'interpretazione avallata anche dalla Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 3/E del 22 gennaio 2008, questo atto vada esente da imposta di donazione e sconti imposte di registro e ipotecaria in misura fissa, in quanto con esso viene costituito un vincolo di destinazione non avente effetto traslativo della proprietà.

...*Omissis*...

Italia – Tribunale di Padova

L'esecuzione presso una società fiduciaria

Pignoramento presso società fiduciaria – polizza assicurativa – reintestazione chiesta dal fiduciante – domanda ex art. 700 cod. proc. civ. – inammissibilità

Qualora la fiduciaria sia terzo pignorato non può eseguire il cambio di contraente della polizza che detiene per il fiduciante senza il consenso del creditore pignoratizio o del giudice dell'esecuzione. La domanda cautelare ex art. 700 cod. proc. civ. proposta dal fiduciante e diretta ad ottenere la reintestazione della polizza equivale a una richiesta del bene pignorato e come tale deve essere proposta con l'opposizione all'esecuzione, con la conseguente inutilizzabilità del rimedio dell'art. 700 cod. proc. civ. che ha carattere residuale e sussidiario.

- **Tribunale di Padova, Sez. distaccata di Este, S. Rigon, G., ordinanza, 10 dicembre 2012 – [G.B. c H.C.C.M. c Investec Trust (Jersey) Limited, Investec Co-Trustees (Jersey) Limited, Investec Trustees (Jersey) Limited c C.L.]**

TESTO DELL'ORDINANZA

PREMESSO che

Con il ricorso d'urgenza il sig. G.B. ha chiesto "...di far cessare il comportamento illegittimo e gravemente dannoso della fiduciaria ordinando a Unione Fiduciaria s.p.a. di dare esecuzione al contratto di mandato fiduciario in conformità al volere di G.B. provvedendo 1) ad ordinare ad Unione Fiduciaria s.p.a. a modificare il soggetto investitore - contraente titolare della polizza n. ... stipulata il 24/06/2009 con Milano Assicurazioni s.p.a. secondo le istruzioni comunicate da G.B., 2) ad ordinare ad Unione Fiduciaria s.p.a. di modificare la dichiarazione positiva rilasciata dalla fiduciaria al Giudice dell'esecuzione di Milano".

Costituitasi in giudizio, Unione Fiduciaria s.p.a. Società Fiduciaria e di Servizi delle Banche Popolari Italiane ha concluso per l'inammissibilità del ricorso e, comunque, per il suo rigetto, per mancanza sia del *periculum* che del *fumus boni iuris*.

La domanda cautelare è stata richiesta dal sig. B. in relazione alle seguenti conclusioni della instauranda causa di merito: "1) accerarsi e dichiararsi la violazione da parte della società convenuta del dovere di diligenza e del segreto fiduciario di cui al contratto di mandato ... tra il Sig. G.B. e l'Unione Fiduciaria sp.a. (...) 2) conseguentemen-

te risolvere e/o dichiarare risolto il contratto stipulato in Este (PD) in data 8/10/2007 per inadempimento esclusivo della società fiduciaria per le ragioni esposte in causa, e conseguentemente 3) dichiarare tenuta e quindi condannare l'Unione Fiduciaria s.p.a. al risarcimento dei danni arrecati al sig. G.B. conseguenti all'inadempimento contrattuale della prestazione di mandato e alla violazione del segreto fiduciario, come accertato, ad una somma da determinarsi...".

Il ricorso proposto da G.B. è inammissibile.

Unione Fiduciaria è Società fiduciaria operante ai sensi della legge 1966/1939 e successive modifiche e integrazioni, autorizzata all'esercizio dell'attività fiduciaria con decreto ministeriale, attività consistente nell'amministrazione dei beni per conto di terzi effettivi proprietari di beni amministrati, in forza di un incarico fiduciario (doc. 1 parte resistente).

In forza del contratto concluso con il signor B. in data 8/10/2007 (doc. 2 parte resistente) nel 2009 Unione Fiduciaria ha sottoscritto, in nome e per conto dello stesso signor B., un prodotto finanziario di ricapitalizzazione a premio denominato "Conto aperto corporate" (la Polizza, doc. 3), emesso da Milano assicurazioni S.p.A.

Non si tratta, pertanto, come erroneamente qualificato dal ricorrente di un contratto di assicurazione sulla vita, bensì di un prodotto finanziario.

In data 16 giugno 2012, la Banca Atestina di credito

cooperativo Società cooperativa ha notificato a Unione Fiduciaria atto di pignoramento presso terzi (doc. 4), avente ad oggetto i beni e crediti di proprietà dei signori G. e E.B., a qualsiasi titolo detenuti dalla fiduciaria, intimando alla terza pignorata di rendere la dichiarazione ex articolo 547 e di non disporre, senza ordine del giudice, di quanto pignorato, costituendola custode ai sensi dell'articolo 546 c.p.c.

È dunque evidente, che in adempimento di tale ordine giudiziale la Fiduciaria ha doverosamente reso la dichiarazione del terzo, confermando di detenere per conto del signor B., nell'esercizio dell'attività tipica dalla stessa svolta, la polizza e ulteriori strumenti finanziari immensi in un dossier titoli già costituito in pegno a favore di altra banca (doc. 5 parte resistente).

Successivamente, a fronte della richiesta del ricorrente di modificare il contraente della polizza, con intestazione a suo nome, la Fiduciaria, con comunicazione del 20.4.12 ha correttamente manifestato ai ricorrente l'impossibilità di eseguire il cambio di contenzione della polizza senza il consenso del creditore pignoratizio o del giudice dell'esecuzione, e ciò in ragione dell'atto di pignoramento notificato (doc. 6 parte resistente).

Come correttamente rilevato da parte resistente in via preliminare il ricorso è inammissibile.

La domanda cautelare è invero volta ad ottenere la reintestazione della Polizza e la modifica della dichiarazione resa dalla Fiduciaria che, a detta del ricorrente, non detterebbe beni o crediti del ricorrente.

La domanda equivale a una richiesta di svincolo del bene pignorato, risultato eventualmente conseguibile con, un diverso e specifico strumento processuale, vale a dire con l'opposizione all'esecuzione nel quale può essere chiesta la sospensione, ex art. 624 c.c.

Il carattere residuale e sussidiario dell'art. 700 c.p.c. ne esclude l'utilizzabilità nel processo esecutivo in presenza di norme specifiche, quali gli artt. 482, 610, 613, 624 che apprestano rimedi per ovviare a tutti i pregiudizi che possono derivare dal pericolo nel ritardo.

In caso di contestazione del diritto a procedere a pignoramento, la tutela cautelare ex articolo 700 c.p.c. è stata ritenuta ammissibile in un'unica ipotesi, ossia quando l'esecuzione non sia ancora iniziata, per l'impraticabilità, in mancanza di pignoramento, dell'opposizione all'esecuzione che rende possibile la domanda di sospensione ex articolo 624 c.p.c. (cfr Cass. 8.2.00, n. 1372).

Invece, quando, come nel caso di specie, il pignoramento sia già stato notificato l'unico rimedio legittimamente spendibile è quello tipico del processo esecutivo di

cui all'art. 624 c.p.c., rimedio di cui peraltro il sig. B. si è già avvalso - per ottenere la medesima tutela impropriamente richiesta in questa sede - sebbene senza la terza pignorata Unione Fiduciaria (doc. 8 parte resistente).

L'accertata inammissibilità del ricorso assorbe ogni altra valutazione.

La decisione sulle spese - nella misura liquidata in dispositivo - segue la regola della soccombenza.

P.Q.M.

dichiara l'inammissibilità del ricorso;
condanna parte ricorrente a rifondere a parte resistente le spese del giudizio, liquidate in € 2,000,00 a titolo di compenso di avvocato, oltre IVA e CPA.

Este, 7 dicembre 2012

Il Giudice
Dott. Silvia Rigon

Depositato il 10 dicembre 2012
Il Cancelliere
Dr.ssa Giuliana Girotto

Italia – Commissione Tributaria Regionale di Venezia-Mestre

Trust liquidatorio e di garanzia: imposizione indiretta

Trust liquidatorio – istituzione – trasferimento dei beni al trustee – tassazione – imposta in misura fissa

Il trasferimento dei beni da una società disponente ad un trustee è caratterizzato dall'assenza di un qualsiasi intento di liberalità da parte del disponente, così che qualora oggetto del trasferimento siano beni immobili le formalità di trascrizione e di voltura catastale rientrano negli atti da assoggettare a tassazione in misura fissa, alla guisa degli atti non aventi ad oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale. Al termine del trust gli atti di trasferimento dei beni saranno suscettibili di imposizione proporzionale, che terrà conto di quella a misura fissa già scontata, in quanto vi sia un effettivo trasferimento dei beni.

■ Commissione Tributaria Regionale di Venezia-Mestre, C. Scarano, Pres., P. Lapicciarella, Rel., 23 ottobre 2012, n. 69/7/12 – [Ag. Entrate Dir. Provin. Uff. Controlli Treviso c P.A. & C. sas in fallimento]

TESTO DELLA SENTENZA

FATTO

Con atto registrato il 5.8.2008, la società Impresa di costruzioni P.A. e C. Sas, in liquidazione, ha istituito un patto fiduciario a favore della Società Italiana Trust Srl (SIT) denominato PT Trust.

La SIT, in altri termini, ha acquisito il compito di amministrare, a vantaggio dei creditori e dei soci, tutti i beni della Sas, compresi quelli immobili.

L'Agenzia delle Entrate, Ufficio di Treviso, ha notificato, in data 29.9.2008, alla Sas P. A. & C un avviso di liquidazione, per € 14.675,76, con il quale assoggettava l'atto registrato il 5.8.2006 ad imposte ipotecarie e catastali proporzionali (2% ed 1%), in luogo dell'imposizione a tassa fissa scontata, in quanto con l'atto citato si era disposto un vero e proprio trasferimento di beni immobili.

La società adiva la Commissione Tributaria Provinciale di Treviso, la quale, con sentenza n. 95/1/09, depositata il 14.10.2009, ha accolto il ricorso della contribuente statuendo: "il contratto di Trust - mutuato da sistemi giuridici di common law - essendo atipico, in quanto inserito nel nostro ordinamento con decorrenza 1.1.1992, a seguito di ratifica della convenzione dell'Aja dell'1.7.1985, operata

con legge 16.10.1989 n. 364, richiede una valutazione della causa e degli effetti che realizza, al fine di consentire un inquadramento in istituti giuridici tipici e definire la disciplina applicabile dal punto di vista civilistico e fiscale. La struttura del contratto è triangolare: il disponente (P. Sas) trasferisce un patrimonio ad un altro soggetto (la società di Trust SIT), che ne diviene proprietario, con l'obbligo di custodirlo ed amministrarlo e successivamente, di trasferirlo ad uno o più *beneficiaries*, ad una scadenza finale.

... l'elemento fondante dell'attribuzione patrimoniale è da ravvisarsi nella fiducia che sottende l'atto dispositivo in questione, per cui il conferimento patrimoniale trova ragione nella capacità di amministrazione a gestione dei beni – fino all'estremo potere di disposizione – da parte della società di Trust, in funzione di un beneficio finale ai *beneficiaries*. ... Risulta, quindi, evidente l'assenza di un qualsiasi intento di liberalità da parte del disponente nei confronti della società di Trust, in quanto quest'ultima costituisce solo il mezzo per la realizzazione del programma concordato. Il Trust è assimilabile non ad una donazione, ma piuttosto ad un fondo patrimoniale che realizzarla segregazione del patrimonio. Pertanto, l'imposizione deve essere a tassa fissa, così come chiesto in atto".

Con appello del 29.11.2010, l'Ufficio contesta la sentenza menzionata per i seguenti motivi:

- carenza assoluta di motivazione (adesione acritica alle argomentazioni del contribuente), violazione e falsa applicazione dell'art. 36 del D. Lgs. 546/92, dell'art. 20 del DPR 131/86 e delle disposizioni di cui ai D. Lgs. 347/90.

I primi Giudici non hanno dimostrato di aver considerato le censure e le argomentazioni svolte dall'Ufficio.

Le imposte richieste con l'avviso tengono conto dell'intrinseca natura dell'atto, il quale trasferisce dei beni immobili a soggetto diverso. Il fatto che vi siano dei limiti, delle condizioni ecc. non cambia la situazione: si è verificato un vero e proprio trasferimento di beni dal fiduciante al fiduciario.

- Sulla presunta inesistenza e nullità dell'avviso per carenza di motivazione.

Il ricorso presentato dall'interessata conferma che tutti gli elementi contenuti nell'avviso sono stati ben compresi, in quanto ben motivati.

Sull'errore di quantificazione delle imposte.

Si ammette l'errore e si chiarisce che le imposte sono dovute nella misura rappresentata dalla parte nella relativa eccezione.

L'appello si conclude con la richiesta di declaratoria di legittimità della pretesa erariale; con vittoria di spese di giudizio.

Con controdeduzioni, ed appello incidentale, del 7.1.2011, il curatore della P. Sas fa presente:

- nel merito: copiosa giurisprudenza, anche di questa Commissione, ha chiarito la non assoggettabilità del Trust all'imposta di donazione e la sua peculiare caratteristica prevista dalla Convenzione dell'Aja dell'1.7.1985, recepita dal nostro ordinamento,

- Assoggettabilità ad imposta in misura fissa degli atti di disposizione a favore di un trust.

Il combinato disposto dell'art. 58, comma 5, del D. Lgs. 346/90 e dell'art. 27 del Testo Unico Registro stabilisce il pagamento dell'imposta in misura fissa e, quando il vero e proprio trasferimento sarà realizzato a favore dei beneficiari, il pagamento della differenza tra l'imposta proporzionale e la prima.

- Inammissibilità dell'appello per mancata specificazione dei motivi.

- Appello incidentale: riproposizione dei motivi assorbiti in primo grado

L'atto si conclude con la richiesta di conferma della sentenza impugnata e di vittoria di spese di entrambi i gradi di giudizio, stante la copiosa giurisprudenza a favore, completamente ignorata dall'Ufficio.

Con istanza del 12.1.2011, il curatore ha chiesto che la presente controversia sia, ai sensi dell'art. 33 del D. Lgs. 546/92, discussa in pubblica udienza.

DIRITTO

Il Collegio ritiene opportuno, preliminarmente, esaminare la natura del patto di Trust: questo, ai sensi dell'art. 2 della Convenzione dell'Aja, ratificata e resa esecutiva in Italia dalla legge 364/89, vede l'utilizzo dei beni conferiti con apposito atto (come nel caso di specie) per le finalità in esso specificate e il Trustee ne entra in possesso in maniera distinta da altri beni di proprietà. In altre parole, si assiste ad una segregazione dei beni conferiti in trust rispetto sia al restante patrimonio del disponente (settlor) sia nei riguardi degli altri eventuali beni del Trustee. Trattasi di una caratteristica segregazione patrimoniale che deve consentire ai beni conferiti in trust di essere destinati al conseguimento di un determinato scopo prefissato dal disponente nell'atto istitutivo. Questa peculiarità dimostra come la proprietà dei beni attribuiti al Trustee sia di tipo particolare, condizionata nel tempo e nelle modalità di utilizzo, che debbono concludersi con il raggiungimento dello scopo per cui il trust è stato istituito.

La convinzione sopra tratteggiata ha implicazioni circa l'applicazione dell'imposta in esame; innanzitutto, va rilevato che l'art. 2, commi da 47 a 49, della legge 286/06, non menziona espressamente la tipologia di atto in discussione e, pertanto, il suo dettato potrebbe intervenire solo se l'atto stesso costituisse dei vincoli di destinazione.

Nei caso di specie, il trust ha finalità liquidatorie del patrimonio conferito ed al Trustee è concessa la più ampia facoltà di operare con piena autonomia decisionale, senza alcun vincolo di destinazione; quindi, sebbene si sia in presenza di un atto traslativo di un diritto di proprietà di beni immobili, le formalità di trascrizione e di voltura catastale non possono rientrare tra i casi previsti dall'art. 1 della tariffa allegata al testo unico approvato con D. Lgs. n. 347/1990, che dispone, in linea generale, l'applicazione dell'aliquota proporzionale per tutti i trasferimenti immobiliari, ma possono rientrare tra quelli di trascrizione e volture catastali da assoggettare a tassazione in misura fissa, alla guisa degli atti non aventi per oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale.

Alla scadenza del trust gli atti di trasferimento dei beni saranno suscettibili di imposizione proporzionale (che terrà conto di quella a misura fissa già scontata) in quanto in presenza di un effettivo trasferimento di beni

Il Collegio decide di respingere l'appello principale e quello incidentale, dichiarando assorbiti i motivi non esaminati.

Vista la natura della controversia, particolare per il nostro ordinamento, si reputa corretto compensare tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

La Commissione Tributaria Regionale del Veneto, VII Sezione, respinge il ricorso principale dell'Ufficio e quello incidentale; conferma l'impugnata decisione.

Spese compensate.

Così deciso in Venezia, nella Camera di Consiglio del 23 ottobre 2012.

Il Relatore

Paolo Lapicciarella

Il Presidente

Carmine Scarano

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 - IV Edizione**
Dal 1899 al 2011
- **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
- **11 - Moderni sviluppi dei Trust**
Atti del V Congresso Nazionale dell'Associazione "Il trust in Italia" - Sestri Levante 2011
- **12 - Trust e "Dopo di NOI"**
a cura di G. La Torre

Inghilterra e Galles – Supreme Court

Errore del trustee e rimedi giuridici

Trustee – esercizio di poteri discrezionali – inadempimento di obbligazioni fiduciarie – annullabilità dell'atto – condizioni

L'atto compiuto dal trustee nell'esercizio dei propri poteri discrezionali è annullabile in base alla *Re Hastings Bass rule* quando egli abbia ommesso di considerare elementi rilevanti per l'assolvimento dei propri obblighi fiduciari e, dunque, a condizione che sussista un inadempimento delle obbligazioni su di lui gravanti, da escludersi in presenza di un parere professionale, seppur sbagliato.

Trustee – esercizio di poteri discrezionali – annullabilità dell'atto – errore essenziale

Diversamente, l'atto del trustee può essere eliminato in base ai principî in materia di errore purché vi sia stato un errore essenziale, cioè sufficientemente grave da rendere ingiustificata l'operazione e non soltanto perché esso ha prodotto effetti giuridici non voluti o perché da esso siano derivate conseguenze (incluse quelle fiscali) dannose.

■ **Supreme Court, Lord Neuberger, Pres., 9 maggio 2013 – [Futter and another v The Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs; Pitt and another v The Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs]**

TESTO DELLA SENTENZA

Introduction

1. These appeals raise important and difficult issues in the field of equity and trust law. Both appeals raise issues about the so-called rule in *Hastings-Bass*. One appeal (*Pitt*) also raises issues as to the court's jurisdiction to set aside a voluntary disposition on the ground of mistake. It is now generally recognized that the label "the rule in *Hastings-Bass*" is a misnomer. The decision of the Court of Appeal in *In re Hastings-Bass, decd* [1975] Ch 25 can be seen, on analysis, to be concerned with a different category of the techniques by which trust law controls the exercise of fiduciary powers. That decision is concerned with the scope of the power itself, rather than with the nature of the decision-making process which led to its being exercised in a particular way (see R C Nolan, *Controlling Fiduciary Power* [2009] CLJ 293, especially pp 294-295 and 306-309). The rule would be more aptly called "the rule in *Mettoy*", from the decision of Warner J in *Mettoy Pension Trustees Ltd v Evans* [1990] 1 WLR 1587. But the misnomer is by now so familiar that it is best to continue to use it, inapposite though it is.

2. As *Mettoy* illustrates, the rule is concerned with trustees who make decisions without having given proper consideration to relevant matters which they ought to have taken into consideration. It has also been applied to other fiduciaries (in *Pitt* Mrs Pitt was acting as a receiver appointed by the Court of Protection). *Mettoy* was concerned with the rules of an occupational pension scheme, as are some other cases on the rule. But since the turn of the century there have been several cases concerned with family trusts, and in particular with tax-planning arrangements involving trusts, where the arrangements have for one reason or another proved unexpectedly disadvantageous, and the court has been asked to restore the status quo ante under the *Hastings-Bass* rule.

3. (...) These appeals are the first cases on the *Hastings-Bass* rule in which the Commissioners of HM Revenue and Customs ("the Revenue", so as to include their predecessors, the Commissioners of Inland Revenue) have been joined as parties in the proceedings. It is the Revenue that has taken on the task of challenging, if not the existence, at least the limits of the *Hastings-Bass* rule. It is no coincidence that the judgment of the Court of Appeal in these two appeals (which were heard together in that

La sentenza è commentata da Elena Antonella Tritto *supra*, 480.

court also) is the first fully considered judgment above first-instance level, and the first to come on further appeal to the Supreme Court (*Mettoy* was not cited to the Court of Appeal in *Stannard v Fisons Pension Trust Ltd* [1991] Pen LR 225, discussed in para 34 below).

4. Rescission of a voluntary disposition on the ground of mistake is, by contrast, a topic on which there is a good deal of authority, including a decision of the House of Lords, *Ogilvie v Allen* (1899) 15 TLR 294. But some of the authorities are quite old, and others are debatable. There has been much discussion of the distinction drawn by Millett J in *Gibbon v Mitchell* [1990] 1 WLR 1304, 1309, between a relevant mistake having to be “as to the effect of the transaction itself and not merely as to its consequences or the advantages to be gained by entering into it.” So here too review by the Supreme Court is appropriate.

5. This court has therefore had to consider a large volume of case-law, culminating in the judgment of Lloyd LJ in the Court of Appeal in these appeals: [2011] EWCA Civ 197, [2012] Ch 132. That judgment, described by Longmore LJ, para 227, as “remarkable”, and by Mummery LJ, para 230, as a “very fine comprehensive and clarifying judgment”, runs to 226 paragraphs. I share their admiration, and I agree with Lloyd LJ’s main conclusions as to the scope of the *Hastings-Bass* rule, and the outcome of the appeals on that issue. But I will say at once that I take a different view of the disposal of the appeal in *Pitt* on the mistake issue.

6. Before any detailed consideration of the case-law it may be helpful to identify, in general terms, some of the principal topics in the appeals. It has often been said (for instance, by Norris J in *Futter*, para 21) that the rule in *Hastings-Bass* is not founded in the law of mistake, and in his judgment Lloyd LJ dealt with them as almost completely separate topics. They do cover different areas, in that the *Hastings-Bass* rule is restricted to decisions by trustees and other fiduciaries, and does not necessarily require the decision-maker to be under a positive misapprehension: mere absence of thought may be sufficient. The court’s wider jurisdiction to rescind a transaction on the ground of mistake is not limited to transactions entered into by fiduciaries, and does generally require there to have been something that can be identified as an operative mistake. The significance of fault in the error or inadvertence is a further point of distinction.

7. Nevertheless there is a degree of overlap between the two principles in their practical application. In some of the first-instance cases on the *Hastings-Bass* rule judges have drawn attention, with evident surprise, to the

absence of any alternative claim for relief by way of rectification or rescission on the ground of mistake. In some of the cases (such as *Abacus Trust Co (Isle of Man) v Barr* [2003] EWHC 114 (Ch), [2003] Ch 409, the facts of which are summarized at paras 36 and 37 below) rescission on the ground of mistake would seem to have been the natural remedy for the trustees to seek. There must be some suspicion that reliance on the *Hastings-Bass* rule has come to be seen as something of a soft option, or at any rate as a safer option, at a time when it was supposed, wrongly, that the application of the rule did not require the granting of a remedy which was discretionary in the sense that it might be withheld because some equitable defence was established.

Omissis

THE HASTINGS-BASS RULE

36. The most important decisions, prior to the present appeals, are the decisions of Lightman J in *Abacus Trust Co (Isle of Man) v Barr* [2003] Ch 409 and Lloyd LJ in *Sieff v Fox* [2005] 1 WLR 3811. (...).

Omissis

39. On the first issue Lightman J decided, correctly in my view, that a fundamental mistake was not necessary. A fundamental, or at least serious mistake may be necessary for rescission on the ground of mistake (that is relevant to the second ground of appeal in *Pitt*), but for the rule which *Abacus* was invoking (para 21):

“the rule does not require that the relevant consideration unconsidered by the trustee should make a fundamental difference between the facts as perceived by the trustee and the facts as they should have been perceived. All that is required in this regard is that the unconsidered relevant considerations would or might have affected the trustees’ decision, and in a case such as the present that the trustee would or might have made a different appointment or no appointment at all.”

But as his decision on the second point shows, it must be sufficiently serious as to amount to a breach of duty.

40. On the second issue, Lightman J held that a breach of duty on the part of the trustee is essential to the application of the rule (para 23):

“What has to be established is that the trustee in making his decision has, in the language of Warner J in *Mettoy Pension Trustees Ltd v Evans* [1990] 1 WLR 1587, 1625, failed to consider what he was under a duty to consider. If the trustee has in accordance with his duty identified the relevant considerations and used all proper care and diligence in obtaining the relevant information and advice relating to those

considerations, the trustee can be in no breach of duty and its decision cannot be impugned merely because in fact that information turns out to be partial or incorrect.”

41. That is in my view a correct statement of the law, and an important step towards correcting the tendency of some of the earlier first-instance decisions. If in exercising a fiduciary power trustees have been given, and have acted on, information or advice from an apparently trustworthy source, and what the trustees purport to do is within the scope of their power, the only direct remedy available (either to the trustees themselves, or to a disadvantaged beneficiary) must be based on mistake (there may be an indirect remedy in the form of a claim against one or more advisers for damages for breach of professional duties of care). This serves to emphasise that the so-called rule in *Hastings-Bass* was not in play in that case, or in *Abrahams*. In those two cases the trustees were not at fault in failing to foresee the House of Lords’ decision in *Pilkington* several years later. But they purported to exercise their power of advancement in a way that was beyond the scope of that power, since it was contrary to the general law (that is the rule against perpetuities as clarified in *Pilkington*). The issue (resolved differently in *Abrahams* and *Hastings-Bass*) was whether the parts of the resettlement not void for perpetuity were sufficient to amount to a proper exercise of the power of advancement. In *Mettoy* and *Barr*, by contrast, it was never in doubt that the relevant deed fell within the scope of the trustees’ power. This point is clearly made in paras 92 and 93 of Lloyd LJ’s judgment in the Court of Appeal.

Omissis

43. On the fourth issue Lightman J held that in cases where the rule applies (as opposed to cases of equitable non est factum such as *Turner v Turner* [1984] Ch 100) it makes the trustees’ disposition voidable, not void. The Court of Appeal agreed with his analysis, and so do I. The rule, properly understood, depends on breach of duty in the performance of something that is within the scope of the trustees’ powers, not in the trustees doing something that they had no power to do at all. Beneficiaries may lose their right to complain of a breach of trust by complicity, by laches or acquiescence or in other ways. Lightman J adjourned the case, expressing the hope (para 34) that a compromise would be possible. The absence of any further reported decision suggests that his hope was realised.

Omissis

Lloyd LJ’s judgment on the *Hastings-Bass* rule

Omissis

60. In the core of his judgment Lloyd LJ correctly spelled out the very important distinction between an error by trustees in going beyond the scope of a power (for which I shall use the traditional term “excessive execution”) and an error in failing to give proper consideration to relevant matters in making a decision which is within the scope of the relevant power (which I shall term “inadequate deliberation”). *Hastings-Bass* and *Mettoy* were, as he rightly observed, cases in quite different categories. The former was a case of excessive execution and the latter might have been, but in the end was not, a case of inadequate deliberation. Lloyd LJ therefore withdrew his doubts about the conclusions that Lightman J had reached in *Barr*.

Omissis

The requirement for breach of duty

71. In this court Mr Robert Ham QC undertook the main burden of the argument for the appellants on the *Hastings-Bass* rule. Mr Christopher Nugee QC adopted Mr Ham’s submissions, and added some of his own, but concentrated his argument on the issue of mistake. Mr Ham’s submissions centred on whether the court’s jurisdiction under the *Hastings-Bass* rule is exercisable only if there is a breach of fiduciary duty on the part of the trustees (or other relevant fiduciary). He argued that this is a novel requirement which leads to arbitrary and unfair distinctions, especially in cases where incorrect advice on tax has been given by professional advisers who may or may not themselves be trustees. Mr Ham also had subsidiary but important arguments about the attribution to trustees of fault on the part of their advisers, and about the identification of relevant considerations for the purposes of the rule.

72. Mr Ham contended that the supposed need for establishing a breach of fiduciary duty, before the *Hastings-Bass* rule can come into play, was a novel requirement introduced in 2003 by Lightman J in his judgment in *Barr*. Reference to paras 16 to 20 of his judgment shows that Lightman J was relying on a number of earlier authorities, including the decision of the Court of Appeal in *Edge* [2000] Ch 602, 627-628, and the decision of Warner J in *Mettoy* [1990] 1 WLR 1587, 1625:

“In a case such as this, where it is claimed that the rule in *Hastings-Bass* applies, three questions arise: (1) What were the trustees under a duty to consider? (2) Did they fail to consider it? (3) If so, what would they have done if they had considered it?”

73. In my view Lightman J was right to hold that for

the rule to apply the inadequate deliberation on the part of the trustees must be sufficiently serious as to amount to a breach of fiduciary duty. Breach of duty is essential (in the full sense of that word) because it is only a breach of duty on the part of the trustees that entitles the court to intervene (apart from the special case of powers of maintenance of minor beneficiaries, where the court was in the past more interventionist: see para 64 above). It is not enough to show that the trustees' deliberations have fallen short of the highest possible standards, or that the court would, on a surrender of discretion by the trustees, have acted in a different way. Apart from exceptional circumstances (such as an impasse reached by honest and reasonable trustees) only breach of fiduciary duty justifies judicial intervention.

Omissis

78. It is undoubtedly correct that trustees may be liable for breach of trust even though they have acted in accordance with skilled professional advice. Such advice cannot protect trustees from potential liability for a loss to the trust fund resulting from a decision that is, judged objectively, beyond the trustees' powers and detrimental to the trust (though professional advice may lead to their obtaining relief under section 61 of the Trustee Act 1925). An example mentioned in argument is *Dunn v Flood* (1885) 28 Ch D 586, in which trustees had sold by auction 73 plots of freehold land at Reading, subject to special conditions which the court held to be severely depreciatory (as Fry LJ put it at p594, "eminently calculated to frighten away purchasers"). The Court of Appeal, upholding North J, refused to force a doubtful title on a reluctant purchaser. The fact that the trustees had consulted respectable solicitors was no excuse. It was not a reasonable exercise of discretion (Baggallay LJ and Bowen LJ at p592; Fry LJ at pp593-594). But the trustee's breach of duty was not in the manner of their decision-making (as to which we know nothing other than that they consulted respectable solicitors) but the loss to the trust property that their unreasonable decision appeared to have caused.

Omissis

80. I respectfully agree. Trustees may be liable, even if they have obtained apparently competent professional advice, if they act outside the scope of their powers (excessive execution), or contrary to the general law (for example, in the Australian case, the law regulating entitlement on intestacy). That can be seen as a form of strict liability in that it is imposed regardless of personal fault. Trustees may also be in breach of duty in failing to give proper consideration to the exercise of their discretionary powers, and a failure to take professional advice may amount to, or

contribute to, a flawed decision-making process. But it would be contrary to principle and authority to impose a form of strict liability on trustees who conscientiously obtain and follow, in making a decision which is within the scope of their powers, apparently competent professional advice which turns out to be wrong.

81. Such a result cannot be achieved by the route of attributing any fault on the part of professional advisers to the trustees as their supposed principals. Solicitors can and do act as agents in some clearly-defined functions, usually of a ministerial nature, such as the receipt and transmission of clients' funds, and the giving and taking of undertakings on behalf of clients. But they do not and may not act as agents in the exercise of fiduciary discretions. As I said in *Scott* [1998] 2 All ER 705, 717:

"It is however for advisers to advise and for trustees to decide: trustees may not (except insofar as they are authorised to do so) delegate the exercise of their discretions, even to experts."

Omissis

83. Mr Ham submitted that a refusal to attribute to trustees fault on the part of their advisers or agents leads to counter-intuitive and arbitrary distinctions. He instanced an error in a letter setting out the settlor's wishes (a variation of the facts in *Barr*). On that particular example, such an error might be a sufficient ground for a voluntary disposition to be set aside on the ground of mistake, regardless of where responsibility for the error lay. But I would accept that there have been, and no doubt will be in the future, cases in which small variations in the facts lead to surprisingly different outcomes. That is inevitable in an area where the law has to balance the need to protect beneficiaries against aberrant conduct by trustees (the policy behind the *Hastings-Bass* rule) with the competing interests of legal certainty, and of not imposing too stringent a test in judging trustees' decision-making.

Omissis

Would or Might?

91. In his statement of the correct principle (para 127 of the judgment, set out in para 70 above) Lloyd LJ did not provide an answer to the "would or might?" debate. That was not, I think, an oversight. The *Hastings-Bass* rule is centred on the failure of trustees to perform their decision-making function. It is that which founds the court's jurisdiction to intervene if it thinks fit to do so. Whether the court will intervene is another matter. Buckley LJ's statement of principle in *Hastings-Bass* (para 24 above) cannot

be regarded as clear and definitive guidance, since Buckley LJ was considering a different matter – the validity of a severed part of a disposition, the other part of which was void for perpetuity. In *Mettoy* itself the trustees had wholly failed to consider (or even to be aware of) an important change in the new rules (affecting the destination of surplus in a winding-up of the scheme), at a time when winding-up was a real possibility. But Warner J (applying Buckley LJ's "would not" formulation) declined to set aside the adoption of the new rules, because the power over surplus remained a fiduciary power.

92. It has been suggested (partly in order to accommodate the decision of the Court of Appeal in *Stannard*, para 34 above) that "would not" is the appropriate test for family trusts, but that a different "might not" test (stricter from the point of view of the trustees, less demanding for the beneficiaries) is appropriate for pensions trusts, since members of a pension scheme are not volunteers, but have contractual rights. That is an ingenious suggestion, and in practice the court may sometimes think it right to proceed in that way. But as a matter of principle there must be a high degree of flexibility in the range of the court's possible responses. It is common ground that relief can be granted on terms. In some cases the court may wish to know what further disposition the trustees would be minded to make, if relief is granted, and to require an undertaking to that effect (see *In re Baden's Deed Trusts* [1971] AC 424, referred to in para 63 above). To lay down a rigid rule of either "would not" or "might not" would inhibit the court in seeking the best practical solution in the application of the *Hastings-Bass* rule in a variety of different factual situations.

Void or Voidable?

93. Counsel on both sides readily admitted that they had hesitated over this point, but in the end they were all in agreement that Lloyd LJ was right in holding (para 99) that,

"if an exercise by trustees of a discretionary power is within the terms of the power, but the trustees have in some way breached their duties in respect of that exercise, then (unless it is a case of a fraud on the power) the trustees' act is not void but it may be voidable at the instance of a beneficiary who is adversely affected."

In my judgment that is plainly right, and in the absence of further argument on the point it is unnecessary to add much to it. The issue has been clouded, in the past, by the difficult case of *Cloutte v Storey*, a case on appointments that are fraudulent in the equitable sense, that is

made for a positively improper purpose. Here we are concerned not with equitable fraud, nor with dispositions which exceed the scope of the power, or infringe the general law (such as the rule against perpetuity). We are in an area in which the court has an equitable jurisdiction of a discretionary nature, although the discretion is not at large, but must be exercised in accordance with well-settled principles.

Omissis

Disposal of the *Hastings-Bass* issues

95. In *Futter* the essential issue was whether the trustees of the No 3 and No 5 settlements, in deciding to take the steps which they took in March and April 2008, failed in their duty to take relevant considerations into account. Capital gains tax was a relevant consideration. Indeed, it is fairly plain that it was the paramount consideration, and the trustees thought about it a great deal. But the tax advice which they received and acted on was wrong, because an amendment to section 2(4) of TCGA had been overlooked. As Lloyd LJ put it succinctly (para 138):

"They did not overlook the need to think about CGT. They were given advice on the right point. The problem was that the advice was wrong."

96. The only complication was that Mr Cutbill (the solicitor-trustee) was a member of both teams: the solicitors giving the erroneous advice, and the trustees receiving and acting on it. I agree with the Court of Appeal that it would be artificial to distinguish between the two trustees, who acted together in making and effectuating their decisions. I would if necessary go further and hold that the documentary evidence indicates that most if not all of the technical tax advice given by his firm came not from Mr Cutbill but from the assistant solicitor who was working with him, from January 2008, in a review of a number of different *Futter* family settlements. Until 27 March 2008 it was supposed, wrongly, that the No 3 settlement's stockpiled gains were relatively small, and the fact that they amounted to about £188,000 led to a last-minute change of plan. On 28 March 2008 there was a telephone conversation between the assistant solicitor and Mr Bunce, Mr *Futter's* accountant, at which, without reference to Mr Cutbill, she definitely confirmed that Mr *Futter's* personal losses could be set off against the section 87 gains. Mr Cutbill seems to have been, very properly, reluctant to put the blame on a junior member of his firm, and of course his firm must take legal responsibility for any actionable mistake by any of its fee-earners. But the docu-

ments in exhibit “CDC 1” to Mr Cutbill’s witness statement tend to confirm that he should not, as a trustee of the No 3 and No 5 settlements, be treated as having been personally in breach of fiduciary duty.

97. In *Pitt* the position was even clearer. As her husband’s receiver under the Mental Health Act 1983 Mrs Pitt was in a fiduciary position but there is no suggestion that she had any professional qualifications. She devoted herself, alternating with a carer, to looking after her disabled husband. As anyone in that position would, she took professional advice from solicitors and specialist consultants. After hearing from her legal advisers and the Official Solicitor the Court of Protection made an order on 1 September 1994 authorising (not directing) her to execute the SNT and she acted on that authority on 1 November 1994 (the date in para 161 of Lloyd LJ’s judgment seems to be an error; compare para 151). She had taken supposedly expert advice and followed it. There is no reason to hold that she personally failed in the exercise of her fiduciary duty. Unfortunately the advice was unsound.

98. I would therefore dismiss the appeal in *Futter*, and the appeal in *Pitt* so far as it turns on the *Hastings-Bass* rule.

RESCISSION ON THE GROUND OF MISTAKE

Omissis

What is a mistake?

104. For present purposes a mistake must be distinguished from mere ignorance or inadvertence, and also from what scholars in the field of unjust enrichment refer to as misprediction (see Seah, *Mispredictions, Mistakes and the Law of Unjust Enrichment* [2007] RLR 93; the expression may have first received judicial currency in *Dextra Bank & Trust Co Ltd v Bank of Jamaica* [2002] 1 All ER (Comm) 193). These distinctions are reasonably clear in a general sort of way, but they tend to get blurred when it comes to facts of particular cases. The editors of *Goff and Jones, The Law of Unjust Enrichment*, 8th ed. (2011) para 9-11 comment that the distinction between mistake and misprediction can lead to “some uncomfortably fine distinctions,” and the same is true of the distinction between mistake and ignorance.

105. Forgetfulness, inadvertence or ignorance is not, as such, a mistake, but it can lead to a false belief or assumption which the law will recognise as a mistake. The Court of Appeal of Victoria has held that mistake certainly com-

prehends “a mistaken belief arising from inadvertence to or ignorance of a specific fact or legal requirement”: Ormiston JA in *Hookway v Racing Victoria Ltd* [2005] VSCA 310, (2005) 13 VR 444, 450. That case was on the borderline between voluntary disposition and contract. It concerned prize money for a horse race which was paid to the wrong owner because the official in charge of prize money was ignorant of a recent change in the rules of racing (permitting an appeal against disqualification after a drugs test). He made a mistake as to the real winner.

Omissis

109. A misprediction relates to some possible future event, whereas a legally significant mistake normally relates to some past or present matter of fact or law. But here too the distinction may not be clear on the facts of a particular case. The issue which divided the House of Lords in *Kleinwort Benson Ltd v Lincoln City Council* [1999] 2 AC 349 was whether (as Lord Hoffmann put it at p398) the correct view was that, “a person who pays in accordance with what was then a settled view of the law has not made a mistake” and “that his state of mind could be better described as a failure to predict the outcome of some future event (sc a decision of this House) than a mistake about the existing state of the law.” There is another interesting discussion of this point in the judgments given in the Court of Appeal in *Brennan v Bolt Burdon* [2005] QB 303.

Omissis

What type of mistake?

Omissis

122. (...) I can see no reason why a mistake of law which is basic to the transaction (but is not a mistake as to the transaction’s legal character or nature) should not also be included, even though such cases would probably be rare. If the *Gibbon v Mitchell* test is further widened in that way it is questionable whether it adds anything significant to the *Ogilvie v Littleboy* test. I would provisionally conclude that the true requirement is simply for there to be a causative mistake of sufficient gravity; and, as additional guidance to judges in finding and evaluating the facts of any particular case, that the test will normally be satisfied only when there is a mistake either as to the legal character or nature of a transaction, or as to some matter of fact or law which is basic to the transaction.

123. To confirm the *Gibbon v Mitchell* test as formulated by Millett J would in my view leave the law in an uncertain state, as the first-instance decisions mentioned in para 119 above tend to demonstrate. It would also be

contrary to the general disinclination of equity to insist on rigid classifications expressed in abstract terms. Equity, unlike many continental systems, has not adopted Roman law's classification of mistakes: error in negotio (the nature of the intended transaction), error in corpore (the subject-matter of the transaction), error in persona (the identity of the other party to the transaction) and error in substantia (the quality of the subject-matter). The *Gibbon v Mitchell* test, at any rate if applied narrowly, would cover only the first of these categories. But in some situations errors in other categories may be just as basic and just as serious in their consequences.

Omissis

The conscience test

Omissis

126. The gravity of the mistake must be assessed by a close examination of the facts, whether or not they are tested by cross-examination, including the circumstances of the mistake and its consequences for the person who made the vitiated disposition. Other findings of fact may also have to be made in relation to change of position or other matters relevant to the exercise of the court's discretion. Justice Paul Finn wrote in a paper, *Equitable Doctrine and Discretion in Remedies* published in *Restitution: Past, Present and Future* (1998):

"The courts quite consciously now are propounding what are acceptable standards of conduct to be exhibited in our relationships and dealings with others . . . A clear consequence of this emphasis on standards (and not on rules) is a far more instance-specific evaluation of conduct."

The injustice (or unfairness or unconscionableness) of leaving a mistaken disposition uncorrected must be evaluated objectively, but with an intense focus (in Lord Steyn's well-known phrase in *In re S (A Child)* [2005] 1 AC 593, para 17) on the facts of the particular case. That is why it is impossible, in my view, to give more than the most tentative answer to the problems posed by Professor Andrew Burrows in his *Restatement of the English Law of Unjust Enrichment* (2013) p 66: we simply do not know enough about the facts.

Omissis

128. More generally, the apparent suggestion that the court ought not to form a view about the merits of a claim seems to me to go wide of the mark. In a passage in *Gillett v Holt* [2001] Ch 210, 225, since approved by the House of Lords (see especially the speech of Lord Neuberger, with which the rest of the House agreed, in *Fisher v Brooker*

[2009] 1 WLR 1764, para 63) I said in discussing proprietary estoppel that although its elements (assurance, reliance and detriment) may have to be considered separately they cannot be treated as watertight compartments:

"... the fundamental principle that equity is concerned to prevent unconscionable conduct permeates all the elements of the doctrine. In the end the court must look at the matter in the round."

In my opinion the same is true of the equitable doctrine of mistake. The court cannot decide the issue of what is unconscionable by an elaborate set of rules. It must consider in the round the existence of a distinct mistake (as compared with total ignorance or disappointed expectations), its degree of centrality to the transaction in question and the seriousness of its consequences, and make an evaluative judgment whether it would be unconscionable, or unjust, to leave the mistake uncorrected. The court may and must form a judgment about the justice of the case.

Mistakes about tax

129. In this court Mr Jones applied for and obtained permission to raise two points which had not been raised below. The first (to be found in paras 80 to 95 of the Revenue's case) was that a mistake which relates exclusively to tax cannot in any circumstances be relieved. This submission, for which no direct authority was cited, was said to be based on Parliament's general intention, in enacting tax statutes, that tax should be paid on some transaction of a specified type, whether or not the taxpayer is aware of the tax liability. Mistake of law is not a defence, Mr Jones submitted, to tax lawfully due and payable.

130. In my opinion that submission begs the question, since if a transaction is set aside the Court is in effect deciding that a transaction of the specified description is not to be treated as having occurred. In the case of inheritance tax, this is expressly provided by section 150 of the Inheritance Tax Act 1984. That section is expressed in general terms as applying where a transfer "has by virtue of any enactment or rule of law been set aside as voidable or otherwise defeasible", and the effect is that tax which would not have been paid or payable "if the relevant transfer had been void ab initio" is to be repaid, or cease to be payable. There is no exception in section 150 for avoidance on the ground of a mistake about tax. More generally, Mr Jones's submission that tax is somehow in a different category is at odds with the approach of the House of Lords in *Deutsche Morgan Grenfell* [2007] 1 AC 558: see the speech of Lord Hope at para 44 and my own observations at paras 133 and 140.

131. So far as Mr Jones cites any authority for his submission, he has referred, but only as an aside, to the decision of the Court of Appeal in *Racal Group Services Ltd v Ashmore* [1995] STC 1151. That was a claim to rectification. Rectification is a closely guarded remedy, strictly limited to some clearly-established disparity between the words of a legal document, and the intentions of the parties to it. It is not concerned with consequences. So far as anything in *Racal* is relevant to the different equitable remedy of rescission on the ground of mistake, it is relevant, not to establishing the existence of a mistake, but to the court's discretion to withhold relief in cases where it would be inappropriate for the court to grant it. That is Mr Jones's second new point and it is considered below.

132. I would therefore reject the first new point as much too wide, and unsupported by principle or authority. But it is still necessary to consider whether there are some types of mistake about tax which should not attract relief. Tax mitigation or tax avoidance was the motive behind almost all of the *Hastings-Bass* cases that were concerned with family trusts (as opposed to pensions trusts). In *Gibbon v Mitchell* there was a mistake as to the legal effect of the transaction, which was to plunge the family into the trap of forfeiture under the protective trusts, rather than to achieve the immediate acceleration of the adult children's interests. But the seriousness of the consequences of the mistake was greatly enhanced by the inheritance tax implications. On the test proposed above, consequences (including tax consequences) are relevant to the gravity of a mistake, whether or not they are (in Lloyd LJ's phrase) basic to the transaction.

133. In *Pitt* the special tax advantage available under section 89 of the Inheritance Tax Act 1984 was a valuable one, and its loss was certainly a serious matter for Mrs Pitt, both as her husband's receiver and on her own account as his wife and carer and as the eventual beneficiary of his estate. Lloyd LJ accepted that (para 215). He was also prepared to accept (para 216) that Mrs Pitt had an incorrect conscious belief, or made an incorrect tacit assumption, that the proposed SNT (which had been the subject of advice from two professional firms, and approved by the Court of Protection) had no adverse tax effects.

134. It was on the issue of "mistake as to effect or as to consequence?" (para 217) that Lloyd LJ felt obliged to withhold relief. He saw the tax liability, even though it was immediate and backed by a statutory charge (imposed by section 237 of the Inheritance Tax Act 1984) on the property of the SNT, as no more than a consequence (para 218):

"The legal effect [of the disposition] was the creation of the Special Needs Trust, on its particular terms, and the

fact that the lump sum and the annuity were settled upon those terms."

An irony of the situation is that if the SNT had been framed so as to comply with section 89 (requiring at least half of the property applied during Mr Pitt's lifetime to be applied for his benefit) it would most probably have made no difference to the distribution of capital or income during his lifetime (as the deputy judge noted in para 13 of his judgment, in dismissing a Revenue argument that Mrs Pitt might have decided not to take advantage of section 89). It has not been suggested that the primary purpose of the SNT was other than Mr Pitt's welfare and benefit, and the maintenance of his wife as his carer. The SNT could have complied with section 89 without any artificiality or abuse of the statutory relief. It was precisely the sort of trust to which Parliament intended to grant relief by section 89.

135. In *Futter* this court declined to permit the appellants to raise for the first time the issue of mistake, primarily because there was no sufficient evidential basis for considering that issue for the first time on a second appeal. *Gibbon v Mitchell* received a passing mention in the judgment of Norris J [2010] STC 982, para 20, but only for the purpose of rejecting the Revenue's argument that the distinction between "effect" and "consequences" was relevant to the *Hastings-Bass* rule. Had mistake been raised in *Futter* there would have been an issue of some importance as to whether the Court should assist in extricating claimants from a tax-avoidance scheme which had gone wrong. The scheme adopted by Mr Futter was by no means at the extreme of artificiality (compare for instance, that in *Abacus Trust Co (Isle of Man) v NSPCC* [2001] STC 1344) but it was hardly an exercise in good citizenship. In some cases of artificial tax avoidance the court might think it right to refuse relief, either on the ground that such claimants, acting on supposedly expert advice, must be taken to have accepted the risk that the scheme would prove ineffective, or on the ground that discretionary relief should be refused on grounds of public policy. Since the seminal decision of the House of Lords in *WT Ramsay Ltd v IRC* [1982] AC 300 there has been an increasingly strong and general recognition that artificial tax avoidance is a social evil which puts an unfair burden on the shoulders of those who do not adopt such measures. But it is unnecessary to consider that further on these appeals.

Omissis

The mistake claim in *Pitt v Holt*

142. In my opinion the test for setting aside a voluntary disposition on the ground of mistake is that set out in

para 126 above, and it is satisfied in *Pitt v Holt*. There would have been nothing artificial or abusive about Mrs Pitt establishing the SNT so as to obtain protection under section 89 of the Inheritance Tax Act 1984. There was a considerable delay in the commencement of the proceedings, but the Revenue do not rely on the delay. They do rely on rescission being pointless and therefore inappro-

priate, but I would reject that submission for the reasons set out above. The deputy judge found ([2010] 1 WLR 1199, para 15) that the setting aside of the settlement would have no effect on any third party (plainly he was not here treating the Revenue as a third party). I would discharge the orders below and set aside the SNT on the ground of mistake.

Inghilterra e Galles – Court of Appeal

Cittadino italiano e testamento in lingua italiana, ma interpretazione secondo il diritto inglese

Testamento – lingua del testamento – cittadinanza del *de cuius* – interpretazione – legge applicabile

L'interpretazione di un testamento avente carattere di internazionalità è regolata dalla legge voluta dal testatore. Tanto nel caso che il testamento abbia ad oggetto beni mobili quanto nel caso che abbia ad oggetto beni immobili, si presume che tale legge sia quella del domicilio del testatore (“domicile”) al momento dell'esecuzione del testamento. La presunzione può essere superata da indicazioni idonee a far ritenere che il testatore voglia che il testamento sia interpretato secondo una diversa legge.

L'uso della lingua italiana, la circostanza (peraltro non accertata) che il testamento sia stato redatto in Italia, la cittadinanza italiana del *de cuius* sono fattori non sufficienti a superare la presunzione secondo la quale il *de cuius*, domiciliato in Inghilterra e in possesso di un significativo patrimonio in Inghilterra, volesse che il suo testamento fosse interpretato secondo la legge del suo domicilio (cioè la legge inglese).

■ **Court of Appeal, Pill, L.J., Munby, L.J., Tomlinson, L.J., 31 ottobre 2012 – [C. Curati v S.M. Perdoni and R. Perdoni]**

TESTO DELLA SENTENZA

Lord Justice Tomlinson:

1. This appeal concerns the effect of two wills made by Pierluigi Curati, (“the Deceased”), an Italian national born in 1927 who came to England in 1955 and lived here for the rest of his life. He died in 2008, having been predeceased by his wife, Emilia Perdoni, in 2007. Emilia Perdoni was born and brought up in England and was a British national, albeit her parents were Italians who emigrated to London after the First World War. Under the law of Italy women now apparently retain their maiden surnames. Since the Deceased and Emilia Perdoni married in England in July 1955 and lived here for the rest of their lives I will call the Deceased’s wife, as did the judge, Mrs Curati.

2. Between 1955 and the late 1970s the Deceased and Mrs Curati worked and prospered in the restaurant trade. They had a restaurant in Camden which had until the mid- 1950s been owned and run by Mrs Curati’s parents. Shortly after the marriage of the Deceased and Mrs Curati

in 1955 Mrs Curati’s parents transferred the restaurant to their daughter and son-in-law. Thereafter they both worked in the restaurant. In about the late 1970s the Deceased and Mrs Curati sold the Camden restaurant. They invested the proceeds in buying properties in England, to add to a property portfolio they had already started to build up in England, which they let to third parties. In addition to this portfolio of investment properties, they also had their marital home in England.

3. The Deceased and Mrs Curati had no children. On 18 December 1980 the Deceased made a will in London written in English and drawn up as a formal document. It included the following terms:-

“I ... declare this to be my last Will -

“1. I declare that this Will is intended to dispose only of my property and estate situate in England -

2. I desire to be buried in Carpaneto Piacenza Italy -

3. IF my wife Emilia Maria Candida Curati

La sentenza è commentata da Laura Carpaneto *supra*, 469.

survives me for a period of one month then I give devise and bequeath all my property whatsoever and wheresoever situate unto her absolutely and appoint her to be the sole Executrix of this my Will -

4. in the event of my said wife predeceasing me or failing to survive me for the period of one month then:-

(i) I appoint Barclays Bank Trust Company Limited (hereinafter called "the Company") to be the Executor and Trustee of this my Will ...

(ii) The Company shall hold my residuary estate upon trust:

(a) To pay thereout my just debts and funeral and testamentary expenses;

(b) After payment as aforesaid for my niece and nephew Sylvana Perdoni and Roberto Perdoni both now of 165 Wardour Street London W1 in equal shares absolutely upon their reaching the age of twenty-one years; ..."

At the same time Mrs Curati made a will mirroring those terms. Silvana Perdoni and Roberto Perdoni are the niece and nephew of Mrs Curati, being the children of her brother. They were the Claimants in the action and are the Respondents to this appeal.

4. On 29 September 1994 the Deceased made a short holographic will in Italy, written in Italian, in which he named his wife as his "erede universale". "Erede" means heir. There were before the court at trial two translations of the phrase 'erede universale', sole heir and universal heir. It was agreed before us that it is immaterial to the outcome of the appeal which translation is adopted.

5. The question for decision at trial was whether the 1994 will had the effect of revoking the 1980 will. If it did, then, upon the death of the Deceased, since Mrs Curati had died before him, an intestacy arose. The Deceased had a sister, Carmen Curati, who lives in Italy. She would be the sole beneficiary under the rules governing an intestacy, whether under English law or under Italian law. Carmen Curati was the Defendant in the action, and is the Appellant on this appeal.

6. An issue arose at trial whether assessment of the effect of the 1994 will should proceed by reference to Italian law or by reference to English law. It was common ground between the parties at trial that the law to be applied depends upon the country of domicile of the Deceased in 1994 when he made the will. The Claimants at trial maintained that the Deceased was domiciled in England at that time, so that the law of England applies. The Defendant said that he was domiciled in Italy at that time, so the law of Italy applies.

7. The Claimants maintained at trial that whether it is

English law or Italian law which is applied, the 1994 will did not have the effect of revoking the 1980 will. Conversely, the Defendant maintained at trial that whether it is English law or Italian law which is applied, the 1994 will did have the effect of revoking the 1980 will. Both sides called expert witnesses as to the law of Italy, Dr Gatto for the Claimants and Professor Frigessi for the Defendant. They gave conflicting evidence.

8. Sales J decided that the Deceased had made England his domicile of choice by the time he made the 1994 will. Italian law was therefore irrelevant, but in case his conclusion on domicile should be challenged the judge helpfully set out his findings in the light of the contest on the evidence. He concluded that as a matter of Italian law the 1994 will would be regarded as effective to revoke the 1980 will. Because of the particular function and status accorded to an heir by Italian law, viewed in the light of that system of law the two wills are "functionally incompatible" and the later will revokes the earlier.

9. Sales J went on to decide, as he had to, whether as a matter of English law the later will likewise was to be regarded as revoking the earlier will. This is a question of construction, as pointed out by Sir J P Wilde, later Lord Penzance, in *Lemage v Goodban* [1865] LR 1 PD 57 at page 62. The short second will consists of no more than the nomination of Mrs Curati as *erede universale*. Indeed it contains only three operative words apart from names and dates, "nomino *erede universale*". It contains therefore no express words of revocation and no words indicative that it is intended to be the last will of the Deceased. The judge concluded that the 1994 will did not wholly revoke the 1980 will. He expressed his conclusion thus, at paragraph 41 of his judgment:-

"There was no material inconsistency between them, save that had Mrs Curati not died before her husband she would have taken the whole of his estate by operation of the 1994 will, it being unnecessary and redundant in that situation to rely upon the 1980 will leaving the English part of his estate to her. In the circumstances which have in fact arisen, there is no inconsistency or incompatibility between the two wills. The 1994 will is silent about what should happen if Mrs Curati should die before her husband, whereas the 1980 will makes express provision for that eventuality so far as concerns the English estate of the Deceased."

Accordingly, the judge concluded that that part of the 1980 will which left the English estate of the Deceased to the Claimants/Respondents is valid and should be carried into effect, the Deceased's wife having predeceased him.

10. The Appellant Carmen Curati appeals on two

grounds. First, she seeks to abandon the common ground adopted at trial that it is the law of the Deceased's domicile at the date of execution of the will which governs the construction of that will. Somewhat bizarrely Mr Grierson for the Appellant complains that the judge "entirely failed" to consider the question whether the presumption that the law of the domicile should apply is here rebutted by the testator's intention to a different effect. Notwithstanding the adversarial nature of proceedings before an English court, it is, submitted Mr Grierson, for the court to apply the law rather than for the parties to agree it and this is a point which the judge could and should have taken of his own motion. The explanation for the judge not having been invited to consider that question is apparently that the Appellant was confident of establishing at trial that the Deceased had never abandoned his Italian domicile of origin, a conclusion which if established might have some relevance to the incidence of UK inheritance tax on the Deceased's estate in Italy. Indeed, Mr Grierson told us that those on the Appellant's side had been "flabbergasted" by the judge's decision to the contrary effect. Manifestly none of this offers a remotely acceptable explanation for not having invited the judge to consider the question of governing law on the contingent possibility that he might determine domicile as he did, but Mr Thomas for the Respondents did not suggest that the Appellant was precluded from maintaining before us the argument that the testator's manifest intention was that the law of Italy should govern the construction of his will made in Italy and in the Italian language. The second ground of appeal is that the judge erred in holding that as a matter of English law the 1994 will did not impliedly revoke the 1980 will. There is no appeal against the judge's conclusion that by 1994 the Deceased had made England his domicile of choice, which appears to me to have been based on overwhelming evidence. For what it is worth, I would myself have been surprised had the judge reached a different conclusion.

11. It is unnecessary for the purposes of considering these questions or rendering this judgment comprehensible to rehearse all of the judge's careful findings of fact, many if not most of which were relevant to domicile. The curious can find the judge's judgment at [2011] EWHC 3442 (Ch). It is however relevant to note that the Deceased was from the age of six brought up in the small town of Carpaneto, near Piacenza where he was born. His parents ran a restaurant and hotel in the town. He himself worked there for many years before leaving Italy in 1955 "to improve his economic conditions" as his sister's son

put it in evidence to the judge. It was in Carpaneto that the Deceased met his future wife, whose parents were themselves from Carpaneto to which they used frequently to return with their daughter. The Deceased and Mrs Curati conversed in the dialect of Carpaneto. Whilst the Deceased never mastered English, he had a sufficient grasp of it to conduct his business. Where necessary Mrs Curati interpreted for him at formal meetings. Mrs Curati for her part never mastered the official language of Italy. They were devoted to each other and inseparable. The unchallenged evidence of Ms Perdoni was that the Deceased always referred to England as his home. He took great pride in the marital home in England and worked hard to maintain it. He and Mrs Curati would also speak about wishing to be buried in the family plot in Carpaneto. According to Ms Perdoni, and as the judge accepted, that is not unusual as many Italians want to be buried with family in this way. On the death of his father in 1980 the Deceased inherited an apartment in Carpaneto in which his parents had lived. The Deceased let it out to third parties rather than retaining it for the use of himself and his wife. Over time, between them they built up a portfolio of investment properties in Italy in parallel with the property portfolio in England. They also retained certain Italian properties for their own use, including in Carpaneto itself. The Deceased was very proud of the fact that a street in Carpaneto had been named after his brother Paolo in acknowledgement of his death in 1944 fighting for the partisans. The judge was satisfied that the use by the Deceased and his wife of these properties was essentially for holiday purposes or business visits by the Deceased, and that their marital home and main centre of business activities remained England.

12. In 1992 Mrs Curati was found to have intestinal cancer. At least from that time it is clear that she did not wish to leave England to live anywhere else, since she trusted and was dependent on the care she received in the National Health Service. The cancer was operated on and treated, but was never completely cured. However Mrs Curati lived until 2007.

13. It was in 1994 that the Deceased made the holographic will and at the same time Mrs Curati made a similar short will mirroring its terms.

14. The judge made the following further findings: -

"18. In 2000 the Deceased suffered a stroke. From that time his health declined in other ways as well. He found it harder to cope with his business affairs. He managed to persuade Mr Bocelli to help him from 2002 to manage the portfolio of Italian properties, and in 2004 Mr Bocelli gave up his job to do that full time. It was from about this point

that Mr Bocelli spent a good deal of time with the Deceased and Mrs Curati.

However, Mr Bocelli was not willing to do the same in relation to the portfolio of English properties and the Deceased had not found a suitable manager for them. So in 2002/2003 the Deceased and Mrs Curati sold all their English properties, retaining only the marital home. They invested the proceeds in a variety of financial products. The Deceased also took steps from about 2002/2003 to improve and develop a house in Carponeto where he and Mrs Curati might be able to live in retirement, if Mrs Curati's cancer was completely cured, or where he could go to live if she died.

19. In October 2004 the Deceased suffered a second stroke. His mental capacities were now severely impaired. He suffered a personality change and became aggressive and paranoid. Mrs Curati could no longer cope with him at home and in 2006 he was moved into a care home.

20. Mrs Curati died on 10 July 2007. When she was in hospital shortly before her death she arranged for a solicitor, Miss Bridel (now Mrs McLagan), to visit her to discuss her and the Deceased's wills. Mrs Curati wanted to revoke her existing will in relation to her English estate and make a new one. She told Mrs McLagan that she and the Deceased had Italian property and had Italian wills to cover that property. She told Mrs McLagan that the new will should therefore not revoke her Italian will. On 22 June 2007, Mrs Curati made a new will in relation to her English estate, the terms of which made it clear that it did not apply in relation to her property in Italy and would not revoke any will relating to her Italian property. She left £500,000 to the Deceased and divided up the remainder of her English estate between various people, including the Claimants. The Deceased was suffering from dementia and did not have testamentary capacity at this stage, so he made no new will."

15. The judge held that the evidence regarding the change by Mrs Curati of her will does not assist in resolving the issues in dispute in these proceedings. Mr Grierson tried faintly to suggest that it might be possible to infer therefrom some possible disenchantment with the Claimants. I do not agree. Mrs Curati's activities in 2007 cast no let alone reliable light upon the likely intention of the Deceased when making his will in 1994.

Governing law

16. It is trite that that the construction of a will is governed by the law intended by the testator. In Halsbury's

Laws of England, Fifth Edition, Volume 19, 2011, at paragraph 750 it is stated:-

"The construction of a will is governed by the law intended by the testator. In the case of a will of movables, this is presumed to be the law of the testator's domicile at the date of execution of the will, but this presumption is rebutted by any sufficient indication that the testator intended his will to be construed according to the law of another country. The testator's intention may be expressed in the will, or it may be implied from circumstances such as his use of a particular language, or of expressions known only to a particular law.

Prima facie, a will of immovables must be construed according to the law of the testator's domicile at the date of execution of the will, but this presumption may be rebutted by any sufficient indication that the testator intended to refer to some other law, as where he uses the technical language of the country where the immovables are situated "

17. Mr Grierson ultimately relied on four matters as sufficiently indicating the Deceased's intention that the 1994 will should be governed by the law of Italy:-

- (1) it is in the Italian language;
- (2) it uses the Italian legal terminology "erede universale";
- (3) it was made in Italy;
- (4) it was made by an Italian citizen.

18. In *Re Cunningham, Healing v Webb* [1924] 1 Ch 68 an English citizen domiciled in France made a will in England in the English language and in English form in which his residuary estate in England was left to English residuary legatees. Eve J held that there was no sufficient indication in the will, either express or implied, that the testator desired that it should be construed in accordance with English law rather than the law of his domicile. In the light of that decision Mr Grierson accepted that his grounds 1 and 3 would not of themselves be decisive, and the same is true of ground 4 Mr Grierson relied upon the cumulative effect of his four grounds.

19. Since the Deceased was not comfortable (in the judge's expression, not at home) in the English language, little if any weight can be attached to the circumstance that the will was written in the Italian language. There is no evidence as to the specific circumstances in which the 1994 will was made or as to the circumstances of the visit to Italy in the course of which it was made. In those circumstances no particular significance can be attached to the fact that the will was made in Italy. The fact that the Defendant was an Italian citizen is of little weight, given the presumption as to the effect of the domiciliary law.

20. The second of Mr Grierson's grounds is simply not made out on the evidence. We were directed to no evidence to the effect that the words "erede universale" are in Italian law a term of art. We were directed to evidence that in Italian law an heir has a particular function and status, but we were shown nothing to indicate that the words in question are other than ordinary words of the Italian language bearing their ordinary and natural meaning. The words themselves are not shown on the evidence to have a particular meaning in Italian law which goes beyond their ordinary and natural meaning. The judge said at paragraph 17 of his judgment that "it is clear from the evidence that the meaning of this Italian phrase was that Mrs Curati should inherit all his property, wherever it was located." The judge does not identify the evidence to which he was there referring and we were not shown it. However, it is plain that the meaning of this phrase, whether in Italian or in English, is no different whether looked at through the lens of Italian or English law.

21. In my judgment the factors relied upon are wholly insufficient to displace the presumption that this English domiciled testator possessed of a substantial estate in England intended his will to be construed in accordance with the law of his domicile. He was proud of his marital home and his intention to reside indefinitely in England had, on the judge's findings, been reinforced still further in 1992. The judge said this: -

"6(vi) The intention of the Deceased to reside indefinitely in England was reinforced still further in 1992 when Mrs Curati was diagnosed with cancer and it became clear that she wished to be cared for by the NHS in England. The Deceased was inseparable from her, and from that time on there was no prospect that he would change the established pattern of his life and decide to return to live in Italy until she was fully recovered or died. As Mr Bocelli fairly put it in his oral evidence, in the period after 2002/2003 (when he spent more time with the Deceased and from discussion with him became familiar with his thinking) the Deceased was waiting for something to be resolved in order to make a decision about where to live;

(vii) The best direct evidence of the Deceased's state of mind up to about 2002 was the unchallenged evidence of Ms Perdoni that he said he regarded England as his home and considered himself to be British;"

22. Had the 1994 will on its proper construction extended only to the testator's estate in Italy, as ironically the Respondents unsuccessfully contended at trial, then the argument that it was intended to be governed by Italian law would be at any rate the stronger. However the judge concluded, at paragraph 41 of his judgment, that

had Mrs Curati not died before her husband she would have taken the whole of his estate by operation of the 1994 will. There is no appeal against that conclusion and it was I think in any event an inevitable conclusion given the agreed meaning of "universale", where qualifying "erede", as sole or universal. I therefore reject the belated attempt to rebut the presumption that it is the domiciliary law which governs the construction of the 1994 will.

Construction

23. I have already set out above the judge's reasons for the conclusion which he reached. Before reaching that conclusion he directed himself as follows:-

"37. There was no express revocation clause in the 1994 will.

The question whether the 1994 will revoked the 1980 will therefore depends on whether it did so by implication: "the question is whether the intention of the testator, to be collected from the instrument, was that the dispositions of the earlier will should remain in whole or in part operative" (*Dempsey v Lawson* (1877) 2 PD 98, 107).

38. Mr Thomas for the Claimants relied on *Halsbury's Laws*, vol. 102, "Wills and Intestacy" (2010), para. 98 ("Later inconsistent will"), where it is said "The mere fact of making a subsequent testamentary disposition does not ... effect a total revocation of a prior will unless the later disposition expressly or in effect revokes the former, or the two are incapable of standing together", and authorities are cited. It should also be noted that at para. 99 ("Partly inconsistent wills") the editors also refer to "The presumption against implied revocation ...".

In my view, it is a fair summary of the position to say that there is a presumption against implied revocation, and that an implied revocation will only be found from looking at the terms of successive testamentary instruments where there is established to be a logical inconsistency between them."

He then set out a long passage from the judgment of Lord Penzance in *Lemage v Goodban*, to the opening sentence of which I have already referred at paragraph 9 above.

24. Mr Grierson's written submissions in support of this ground of appeal proceed from the mistaken premise that the judge had construed the 1994 will as relating only to the Deceased's estate in Italy. In his oral submissions he pointed out that had the testator intended to preserve his earlier will he could simply have provided in his 1994 will that he gave all his estate in Italy to his wife. Indeed he could have done, as equally he could have included an

express preservation of the earlier will, but either hypothesis presupposes that he had in mind the effect of the first will. Mr Grierson submitted that on the hypothesis that the testator had forgotten about the first will, so the making of the second will so soon after his wife had been found to be suffering from a life-threatening condition must be taken to be indicative that he contemplated an intestacy. That presupposes not just that the testator had forgotten about the first will but that he was conversant with the concept of intestate succession, a presumption which is made the more problematic in the case of a person whose heritage lies in a system of law which may be more prescriptive than our own as to the permitted disposition of estates. All this is in my judgment impermissible speculation. As Lord Penzance put it in the passage to which I have already referred, "The will of a man is the aggregate of his testamentary intentions, so far as they are manifested in writing" We have only his language from which to deduce his intention. His later will is definitive as to the extent of the gift, but silent as to what is to become of it in the event of his wife predeceasing him. That is a circumstance for which in his earlier will the Deceased had made express provision, and I can see no basis upon which it can reliably be inferred that the testator intended by his second will impliedly to revoke that disposition. There is no inconsistency between the two wills and no reason why each should not be given its full effect.

25. The judge thought that neither *Dempsey v Lawson* [1877] 2 PD 98 nor *In Re Hawksley's Settlements, Black v Tidy* [1934] Ch 384 assisted Mr Grierson since in each of those cases an implied revocation was found because of a clear inconsistency between the successive testamentary instruments. In *Dempsey* the second will was both expressed to be the last will, not of course conclusive, and varied and repeated various requests made in the first will. Sir James Hannen P concluded that "[the] whole scheme of the will of 1860 shows that it was intended to be a substitution for the will of 1858." In the second case, *Hawksley*, the second will was described as the last will and moreover referred to the first will as the cancelled will, the testatrix having written on a copy of it the word 'cancelled'. Neither feature was held sufficient to effect a complete revocation of the earlier will. What was conclusive in that regard was that the second will was wholly inconsistent with the first. I am afraid that I simply cannot agree with Mr Grierson's submission that in the present case there is a still stronger indication of an intention to revoke than was found in those two cases. The 1994 will does not demonstrate an intention that in the event of the Deceased's wife predeceasing him there should be an

intestacy and that the first will should be revoked in order to achieve that end. The 1994 will of itself says nothing from which any intention to achieve an intestacy can be inferred, still less in respect of the English estate. Construed as it should be in the light of the first will, the more likely inference from the second will is in my view that the first will was intended to be preserved. It is however unnecessary to go that far. There is simply nothing from which an intention to revoke the earlier will can be deduced. There is no need to resort to the presumptions against revocation and intestacy. The judge's conclusion was in my view plainly right.

26. I would dismiss this appeal.

Lord Justice Munby:

27. I agree.

Lord Justice Pili:

28. I also agree.

Italia

Le ONLUS quali trustee di trust con finalità di solidarietà sociale

■ Agenzia delle Entrate, Direzione Regionale del Veneto, ufficio Accertamento – Decreto Legislativo 4 dicembre 1997, n. 460 – Anagrafe Unica delle ONLUS: Permanenza iscrizione

TESTO DELLA NOTA

Con l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 460/1997 il legislatore ha ritenuto di disciplinare le agevolazioni fiscali, spettanti alle ONLUS, per lo svolgimento delle attività aventi finalità di solidarietà sociale.

Lo stesso decreto attribuisce alle Direzioni Regionali dell'Agenzia delle Entrate il compito di effettuare controlli di natura formale, affinché sia impedita l'indebita fruizione del regime agevolativo previsto per i soggetti che presentano la comunicazione di iscrizione all'Anagrafe delle ONLUS, relativamente all'effettiva sussistenza, in capo agli stessi, dei requisiti necessari per l'attribuzione della qualifica di ONLUS.

Codesto ente, il 19 dicembre 2011, aveva presentato richiesta di iscrizione in anagrafe delle Onlus per il settore di cui n. 1 (assistenza sociale e socio sanitaria) della lettera a) primo comma, art. 10, D.Lgs. 460/97.

Il 24 gennaio 2012 questa Direzione Regionale aveva chiesto all'Agenzia per il Terzo Settore, che a quell'epoca svolgeva le funzioni di organo di controllo di cui all'articolo 3, comma 190, della legge 23 dicembre 1996, n. 662, un parere circa l'opportunità di iscrivere la Fondazione X unica delle Onlus. Questo Ufficio rilevava che nell'articolo 10 ("Promotori") dello statuto di codesto ente è indicato che "Possono divenire Promotori i genitori, parenti, tutori o amministratori di sostegno di persone disabili che nominano la Fondazione quale Trustee del fondo che destinano, attraverso il trust; al sostentamento del Progetto di Vita dei loro famigliari disabili e/o non autosufficienti." Se ne conclude che lo statuto prevede la possibilità per la fondazione di rivestire il ruolo di "trustee" cioè di amministratore dei beni conferiti in trust. A tale proposito questa Direzione Regionale chiedeva all'Agenzia per il Terzo Settore se l'attività di "trustee" sia riconducibile a quelle previste per le Onlus dalla lettera a), primo comma, articolo 10, del D.Lgs. 460/97, o sia quanto meno annoverabile fra le attività connesse di cui al comma 5 del citato articolo.

Presupposto fondamentale per il riconoscimento dello

status di Onlus ad un ente è che quell'ente persegue esclusivamente finalità di solidarietà sociale, come prescritto dalla lettera b) del primo comma dell'art. 10 del D.Lgs. 460/97. La normativa vigente indica quali requisiti devono essere rispettati affinché si possa considerare realizzato tale presupposto. In base al principio dell'esclusività, desumibile da quanto disposto dalle lettere a) e b) del citato articolo 10, il requisito del perseguimento di finalità di solidarietà sociale deve risultare soddisfatto con riferimento a tutte le attività svolte dall'ente. Ne consegue che la carenza del perseguimento di solidarietà sociale, anche per una sola delle attività istituzionali espletate, comporta la mancanza del requisito necessario per la qualifica di Onlus.

Il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali - Direzione Generale per il Terzo Settore e le Formazioni Sociali, subentrato nelle funzioni precedentemente svolte dall'Agenzia per il Terzo Settore, con nota (allegata alla presente) del 2 ottobre 2012, ricevuta dalla scrivente il 18 ottobre 2012 (prot. n. 46779) ha fornito il parere richiesto. In tale parere, la Direzione Generale per il Terzo Settore, richiamati un "Atto di Indirizzo" emesso dall'Agenzia per il Terzo Settore approvato con deliberazione del Consiglio n. 193 del 25 maggio 2011, e la Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 38/E del 1 agosto 2011, relativi alla iscrivibilità del "trust" nell'anagrafe delle Onlus, ha ritenuto che l'attività di "trustee", cioè di gestione di beni conferiti in trust, come descritta nello statuto di codesto ente, può validamente considerarsi quale attività accessoria, direttamente connessa a quella istituzionale. Tuttavia la Direzione Generale per il Terzo Settore e le Formazioni Sociali ha ricordato nel parere fornito che il già indicato "Atto di Indirizzo" prevede che "ai fini del rispetto di quanto prescritto dalla lettera b) (del primo comma, articolo 10, D.Lgs. 460/97) il trust deve, inoltre, contenere espressamente la clausola di irrevocabilità. Ciò al fine di garantire l'effettivo perseguimento di finalità di solidarietà sociale, e non deve annoverare fra i beneficiari il disponente stesso".

Scrive quindi nel parere fornito la Direzione Generale per il Terzo Settore e le Formazioni Sociali: “Nel caso di specie, in ragione del fatto che la gestione di trust è prevista quale attività connessa alle attività istituzionali della Fondazione X si può suggerire la mera opportunità che lo statuto venga integrato della suddetta precisazione relativa all'apposizione di clausole di irrevocabilità negli atti istitutivi dei costituendi trust”.

Di conseguenza questa Direzione Regionale invita questo ente a considerare di apportare allo statuto sociale le opportune modifiche per renderlo compatibile con la normativa che disciplina l'anagrafe delle Onlus, recependo quanto indicato nel parere del Ministero del Lavoro - Direzione Generale per il Terzo Settore e le Formazioni So-

ciali, a procedere alla sua registrazione, e ad inviarne una copia alla scrivente entro 30 giorni dal ricevimento della presente. In caso contrario questa Direzione Regionale dovrà provvedere alla cancellazione dell'associazione “Fondazione X Onlus” dall'anagrafe delle Onlus, con la conseguente decadenza delle agevolazioni connesse a siffatta qualifica.

Funzionario incaricato:
Alessandro Lenza

Responsabile del procedimento:
Il Capo Ufficio Accertamento
Giustina Tollot

■ Parere Preventivo riguardante la cancellazione dall'Anagrafe Unica delle Onlus di cui all'art. 11 del D.Lgs. 4 dicembre 1997 n. 460 della Fondazione X richiesto dall'Agenzia delle Entrate Direzione Regionale del Veneto

TESTO DEL PARERE

Considerata

La nota dell'Agenzia delle Entrate, Direzione Regionale del Veneto, Settore Controlli, Contenzioso e Riscossione - Ufficio Accertamento - Prot. n. . del 24.01.2032 con la quale si richiedeva alla soppressa Agenzia per il Terzo Settore parere preventivo alla cancellazione della Fondazione X dall'Anagrafe Unica delle Onlus di cui all'art. 11 del D. Lgs 4 dicembre 1997 n. 460;

La comunicazione dell'Agenzia per il Terzo Settore, Prot. n. 179 del 14.02.2012, Tit. 3. Cat. 2 Fas. I, con la quale si avvaleva della proroga dei termini, ai sensi dell'art. 4, comma 3, DPCM n. 329/2001

Svolgimento del parere

La questione che viene sottoposta riguarda il disconoscimento, in capo al soggetto citato in epigrafe, della qualifica di Onlus e del conseguente regime fiscale, mediante cancellazione dello stesso dall'Anagrafe Unica delle Onlus di cui all'art. 11 del D.Lgs. 4 dicembre 1997 n. 460, quale effetto della carenza nello statuto dei requisiti previsti dall'art 10 del D.Lgs. 4 dicembre 1997 n. 460.

Premesso che per le attività di assistenza sociale e socio-sanitaria, beneficenza, tutela- promozione e valorizzazione delle cose di interesse artistico e storico di cui alla Legge 1089/1939, tutela e valorizzazione della natura e dell'ambiente, promozione della cultura e dell'arte finanziata dall'Amministrazione centrale dello Stato, ricerca

scientifico di particolare interesse sociale svolta da fondazioni, il perseguimento esclusivo della finalità di solidarietà previsto dall'art. 10 comma 1 lettera b) D.Lgs. 460/97 è considerato insito nello svolgimento delle attività stesse (cd. immanente), senza che sia necessario che le stesse risultino svolte nei confronti dei soggetti svantaggiati indicati dall'art. 10 comma 2 D.Lgs. 460/97.

Nel caso in esame, dalla documentazione pervenuta dalla Direzione Regionale istante, si evince che l'ente in epigrafe con comunicazione del 12/12/2011, ai fini dell'iscrizione all'Anagrafe Unica delle Onlus ex art. 11 D.Lgs. 460/97, indicava quale settore d'iscrizione il n. 1 (assistenza sociale e socio-sanitaria) della lett. a), comma 1, art. 10 del decreto sopra citato.

Ciò premesso, venendo all'esame dello statuto, l'art. 2 stabilisce che “La Fondazione persegue esclusivamente finalità di solidarietà sociale ed in particolare di assistenza, educazione, istruzione, ricreazione e riabilitazione delle persone disabili sia con disabilità fisiche e/o relazionali (autismo e sindromi correlate) in un contesto di miglioramento della qualità della loro vita, promuovendo anche interventi personalizzati. La Fondazione assume il compito della corretta realizzazione dei progetti di vita che le vengono affidati sia dalle persone disabili che dalle loro famiglie o tutori e amministratori con particolare attenzione alla residenzialità per garantire alle persone disabili per tutto l'arco della loro vita, la qualità della loro esistenza, garantendo condizioni ambientali in cui la persona disabile possa trovare un benessere psico ~ fisico nel pieno rispetto delle sue capacità, esigenze, aspirazioni ed aspettative e desideri, di sostegno ai servizi”.

Da quanto finora rappresentato si deduce che l'ente in

epigrafe si prefigge di svolgere attività correttamente inquadrabili nel settore dell'assistenza sociale e socio-sanitaria e comunque rivolte in modo precipuo a soggetti che si trovano in una situazione di disagio, con la conseguenza che risulta rispettato il requisito che prioritariamente deve contraddistinguere le Onlus, ovvero il perseguimento di finalità di solidarietà sociale di cui alla lettera b), comma 1 dell'art 10 del D.Lgs. 460/1997.

Particolare attenzione viene altresì rivolta al rilievo mosso dalla Direzione Regionale istante ai fini della cancellazione della Fondazione de qua, in merito alla possibilità che l'attività di "Trustee" della Fondazione stessa, in qualità di amministratore di beni conferiti in trust- sia sussumibile nell'alveo delle attività c.d. istituzionali, ai sensi della lett. a), comma 1. art. 10 del D.Lgs 460/97, ovvero riconducibile nell'ambito delle attività connesse, di cui al comma 5 del citato articolo.

A riguardo occorre premettere qualche riflessione sul punto.

L'istituto del trust (letteralmente "affidamento") è un fenomeno gestorio che deriva dal sistema giuridico anglosassone e serve a regolare una molteplicità di rapporti giuridici di natura patrimoniale.

Esso rappresenta uno strumento con cui il Disponente, per realizzare un proprio interesse meritevole, affida dei beni ad un'altra persona, fisica o giuridica (il Trustee), affinché questa li impieghi, in base alle regole predeterminate dal Disponente stesso nell'atto istitutivo del Trust, in favore di uno o più beneficiari, oppure per il raggiungimento di un certo scopo.

L'istituzione di un trust produce come principale effetto la "segregazione patrimoniale" i beni e i diritti conferiti nel trust formano un patrimonio separato rispetto a quello del trustee e godono del beneficio della non escutibilità da parte dei creditori del trustee, del disponente o del beneficiario.

Sotto il profilo normativo il trust in Italia è privo di una propria disciplina civilistica e trova legittimazione per effetto della ratifica nel nostro Paese della Convenzione dell'Aja dell'1 luglio 1985, che tuttavia nulla dispone sul trattamento fiscale del trust e rinvia alle competenze dei singoli Stati (art. 19).

Ed invero in ambito fiscale l'ordinamento italiano ha riconosciuto al Trust una sua autonoma disciplina ai fini delle imposte dirette: infatti la Legge finanziaria per il 2007, modificativa dell'art. 73 del T.U.I.R., inserisce i trust tra i soggetti passivi dell'imposta sul reddito delle società (I.R.E.S.), distinguendo in particolare tra i Trust cori beneficiari individuati (Trust trasparenti) e Trust senza beneficiari individuati (Trust opachi).

Il riconoscimento dell'autonoma soggettività tributaria del trust ha costituito un importante presupposto per valutare se il medesimo possa acquisire la qualifica di ONLUS ai sensi dell'art 10 del D.Lgs. 460 del 1997.

Sul tema è già intervenuta l'ormai soppressa Agenzia per il Terzo settore, in relazione alla configurabilità di un Trust come Onlus, con l'Atto di Indirizzo approvato con Deliberazione del Consiglio n. 193 del 25/05/2011, e successivamente anche l'Agenzia delle Entrate, con la Circolare n. 38/E del 1 agosto 2011, ha fornito chiarimenti sulla iscrivibilità del Trust nell'anagrafe delle Onlus e sulle tipologie di Trust che possono assumere detta qualifica.

Nel citato documento di indirizzo l'Agenzia per il Terzo settore, dopo aver analizzato l'istituto del trust e la sua compatibilità con le clausole di cui all'art. 10 del D.Lgs. 460/97, ha rilevato che "il trust che rispetta i requisiti prescritti dall'art. 10 del D.Lgs. 460/97 potrà legittimamente assumere la qualifica di Onlus",

In particolare l'Agenzia per il terzo settore ha ritenuto che il Trust, nell'ambito dei soggetti che possono assumere detta qualifica, sia da ricomprendere tra "gli altri enti di carattere privato" quale categoria generale e residuale prevista dal predetto articolo 10 al comma 1.

Inoltre, secondo quanto evidenziato dall'Agenzia stessa, Fatto istitutivo redatto nelle forme dell'atto pubblico, della scrittura privata autenticata o registrata, deve contenere espressamente le clausole di cui al primo comma dell'art 10 D. Lgs. 460/1997. Nello specifico si richiede altresì che il trust operi in un settore tassativamente indicato dal legislatore (o a beneficio di soggetti svantaggiati), che assicuri il perseguimento di finalità di solidarietà sociale e che sia prevista la clausola di irrevocabilità, al fine di garantire l'effettivo perseguimento della suddetta finalità.

Passando all'esame in concreto di quanto attenzionato dalla Direzione istante si osserva che la Fondazione X prevede all'art. 10 dello statuto che "Possono divenire Promotori i genitori, parenti, tutori o amministratori di sostegno di persone disabili che nominino la Fondazione quale Trustee del fondo che destinano attraverso il trust al sostentamento del Progetto di Vita dei loro famigliari disabili e/o non autosufficienti". Ed ancora all'art. 3, lett. c), viene fatta rientrare tra le attività connesse della Fondazione *de qua* "assumere la figura di trustee per la gestione di trusts il cui scopo sia compatibile con le finalità stabilite dalla Fondazione, ed in particolare, con il relativo perseguimento di finalità di solidarietà sociale, di assistenza, educazione, istruzione, ricreazione e riabilitazione delle persone disabili....La Fondazione potrà, in alternativa alla figura di trustee, assumere la figura di protector o di beneficiario di detti trusts".

Nel merito si può evidenziare che l'atteggiamento di favore già espresso dall'Agenzia per il Terzo settore nel valutare positivamente la possibilità che anche i Trust possano rivestire la qualifica di Onlus alla presenza dei requisiti indicati nel citato articolo 10, permette di ritenere a fortiori che l'attività di gestione di trusts da parte della Fondazione *de qua* non sia di ostacolo ai fini del legittimo go-

dimento della qualifica di ONLUS, purché tale attività conformemente alla legge consenta di realizzare finalità sociali e di tutela dei soggetti deboli.

È appena il caso di rilevare che le Onlus possono esercitare attività connesse a quelle istituzionali, che, come precisato nella risoluzione dell'Agenzia delle Entrate n. 75/E del 2001, possono essere di due tipi: attività oggettivamente analoghe a quelle istituzionali, dalle quali si differenziano in quanto possono indirizzarsi a beneficio di chiunque; oppure attività accessorie, cioè strutturalmente e materialmente funzionali a quelle istituzionali, che si sostanziano in operazioni di completamento o migliore fruibilità delle attività istituzionali.

Nel caso specifico lo scopo precipuo del trust, gestito dalla Fondazione in qualità di trustee, è il sostentamento dei Progetti di Vita in favore dei disabili e/o non autosufficienti ed appare pertanto compatibile e strumentale alle finalità di solidarietà sociale che l'ente si prefigge nell'ambito del settore istituzionale in cui lo stesso opera, ossia l'assistenza sociale e socio sanitaria.

Per le ragioni sopra esposte tale attività "gestoria" può validamente considerarsi quale attività accessoria, direttamente connessa a quella istituzionale, come peraltro correttamente inquadrata a livello statutario dalla stessa Fondazione.

Quanto alla tipologia di trust cui lo statuto sembra principalmente far riferimento è il c.d. trust opaco, ossia senza beneficiari individuati, i cui redditi vengono direttamente attribuiti al trust medesimo.

Anche in tal caso l'Agenzia per il terzo settore nel medesimo atto di indirizzo sopra citato rileva positivamente come la struttura del trust opaco o di scopo appaia maggiormente conforme ai requisiti richiesti per il legittimo godimento della qualifica di ONLUS".

A garanzia della suddetta attività, di per sé meritoria, sarà altresì opportuno evidenziare che, come già sottolineato dall'Agenzia per il terzo settore nel più volte richiamato atto di indirizzo, "ai fini del rispetto di quanto prescritto dalla lett. b) in esame, il trust deve, inoltre, contenere espressamente la clausola di irrevocabilità, ciò al fine di garantire l'effettivo perseguimento di finalità di solidarietà sociale e non deve annoverare fra i beneficiari il disponente stesso".

Nel caso di specie, in ragione del fatto che la gestione di trusts è prevista quale attività connessa alle attività istituzionali della Fondazione X si può suggerire la mera opportunità che lo statuto venga integrato della suddetta precisazione relativa all'apposizione di clausole di irrevocabilità negli atti istitutivi dei costituendi trusts.

In merito ai requisiti formali di cui all'art. 10 D.Lgs. 460/1997 nel predetto statuto non si riscontrano ulteriori carenze.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, in ragione della constatata conformità ai requisiti di cui all'art. 10 del

D. Lgs. 460/1997 questa Agenzia esprime parere negativo in merito alla cancellazione della Fondazione X dall'Anagrafe Unica delle Onlus.

Il Direttore Generale

Dott. Danilo Giovanni Festa