

02. Obbligazioni
e contrattiIL *TRUST* PER LA FAMIGLIA:
STRUTTURA NEGOZIALE
E CLAUSOLE

Dopo avere esposto i principi base che governano l'istituzione di un *trust*, l'articolo si sofferma sulle caratteristiche distintive tra *trust* c.d. dinamico e *trust* c.d. statico o auto-dichiarato. Si analizzano, quindi, le problematiche di natura civilistica e tributaria che pone la scelta del *trust* auto-dichiarato quale struttura negoziale di un *trust* per la famiglia, segnalando le relative criticità, tali da consigliare all'operatore pratico una certa cautela nel suggerire l'uso di tale struttura.

/ Daniele MURITANO *

L'ATTO ISTITUTIVO DI *TRUST*:
I PRINCIPI BASE

L'approccio all'istituzione di un *trust* deve tenere conto di alcune regole di base, che devono essere rispettate affinché esso possa definirsi tale.

La regola delle cd. tre certezze¹ è una di queste ed è la più importante:

1. Certezza della volontà: il *trust* deve essere voluto dalponente;
2. Certezza dei beni in *trust*: gli *assets* che fanno parte del *trust* devono essere determinati o determinabili;
3. Certezza dei beneficiari: le persone nei confronti delle quali il *trust* deve adempie-

re i suoi obblighi (i beneficiari – in lingua inglese anche "*objects*") devono essere (almeno) determinabili.

Nel diritto inglese dei *trust* è consolidato il principio per cui l'atto istitutivo deve indicare con sufficiente chiarezza chi sono i beneficiari o i destinatari dell'impiego del fondo in *trust*. Se tale indicazione è troppo vaga per consentire al giudice di costringere il *trustee* ad adempiere le sue obbligazioni fiduciarie, il *trust* non produce effetto alcuno².

Allo stesso modo, il *trust* non potrà essere eseguito se non esiste alcuna persona che possa agire in giudizio per costringere il *trustee* ad adempiere le sue obbligazioni fiduciarie³.

Le conclusioni appena esposte trovano un

* Notaio – Componente della Commissione civilistica del CNN

1 Le tre certezze si possono anche esprimere mediante quattro domande: 1) il *trust* è voluto? 2) chi è il *trustee*? 3) è *trustee* di che cosa? 4) è *trustee* per chi? In giurisprudenza v. *Knight v Knight* [1840] 49 ER 58; *McPhail v Doulton* [1971] AC 424.

2 *Blair v Duncan* [1902] A.C. 37; *Grimand v Grimand* [1905] A.C. 124; *Chichester Diocesan Fund and Board of Finance v Simpson* [1944] A.C. 341; *Crawford v Phillips* [2018] NZCA 208; 22 ITEL R 1 parr. [19], [40]-[42].

3 Si tratta del "*beneficiary principle*", su cui nella giurisprudenza inglese cfr. *Armitage v Nurse* [1998.] Ch 241.

temperamento, condiviso dalla prevalente dottrina⁴ e giurisprudenza⁵ inglesi, nei casi in cui, per quanto ampia, una indicazione dei beneficiari vi sia (c.d. "indicazione concettuale") e sorgano solo difficoltà pratiche nella concreta individuazione degli appartenenti alla classe di beneficiari indicata dal disponente.

Tuttavia, va chiarito che la definizione di una classe di beneficiari, che sia concettualmente certa, non è però sufficiente laddove essa sia dai contorni così ampi e incerti da non consentire al *trustee* di esercitare i propri poteri-doveri dal punto di vista "amministrativo" (il *trustee*, in sostanza, deve poter adempiere le proprie obbligazioni⁶).

Nelle ipotesi in cui il *trust* nasca senza beneficiari determinati o determinabili, non essendo il *trust* "eseguibile" secondo il diritto inglese sorge *ex lege* un *resulting trust* (*trust* di ritorno) in favore dello stesso disponente⁷.

Il *trust* negoziale inizialmente istituito, per così dire, "si converte" in un *resulting trust* (e tale può essere dichiarato dal giudice). Il disponente, a cui favore sorge il *resulting trust*, sarà da individuarsi nel soggetto che effettivamente ha disposto dei beni in *trust* (quindi non necessariamente sarà tale la persona che appare essere il disponente sulla base dell'atto istitutivo). Nella prassi internazionale è infatti comune la presenza dello "*shadow settlor*" (disponente ombra), per cui il *trust* nasce formalmente con dichiarazione unilaterale del *trustee* (di regola una *trust company*).

In caso di pluralità di disponenti il *resulting trust* sorgerà a loro favore e il fondo in *trust* apparterrà loro in proporzione⁸. Laddove, invece, il disponente deceda prima che venga dichiarata l'esistenza del *resulting trust*, quest'ultimo produrrà il suo effetto "di ritorno" in favore dei suoi eredi o legatari: il fondo in *trust* verrà a far parte della successione del disponente.

IL TRUST PER LA FAMIGLIA: QUALE STRUTTURA NEGOZIALE?

Un *trust inter vivos*⁹ può avere due strutture negoziali: essere "dinamico", ossia con trasferimento dei beni dal disponente al *trustee*; oppure "statico", o "auto-dichiarato", in cui il disponente si dichiara *trustee*.

Qualche notazione sul *trust* auto-dichiarato è necessaria, in quanto nel 2015 un'ordinanza della Corte di Cassazione lo aveva addirittura ritenuto nullo, ma (autonomamente) "convertendolo" in atto di destinazione *ex art. 2645-ter c.c.*, con ciò dando per scontato che l'art. 2 della Convenzione de L'Aja dell'1° luglio 1985 sul riconoscimento dei *trust* postulasse sempre il trasferimento di beni al *trustee*¹⁰.

Dal punto di vista civilistico costituire un *trust* auto-dichiarato non presenta problemi, perché corrisponde alla costituzione del fondo patrimoniale da parte di un coniuge o di

4 Cfr. Tucker L., Le Poidevin N., Brightwell J. "Lewin on trusts", XX ed., Sweet & Maxwell, Londra, 2020, p. 177.

5 McPhail v Doulton, [1971] A.C. 424; Re Baden's Trusts (No. 2) [1973] Ch. 9; Emery [1982] 98 LQR 551.

6 McPhail v Doulton [nt. 8], par. 457, in cui si fa l'esempio del *trust* istituito a vantaggio di tutti i residenti di "Greater London". Re the Double Happiness Trust [2002] JRC 235A; [2003] WTLR 367. Questo limite non è ritenuto applicabile (salvo specifiche eccezioni) al potere di aggiungere beneficiari a una classe predefinita (cfr. Re Manisty [1974] Ch. 17; Re Wootton [1968] 1 WLR 681, salvo si dimostri che l'aggiunta di uno o più specifici beneficiari è del tutto irragionevole).

7 Re Vandervell's Trusts (No 2) [1974] 1 All ER 47. Il *trust*, come già osservato nel testo, presuppone che vi sia taluno (il beneficiario) nei confronti del quale il *trustee* deve adempiere le proprie obbligazioni fiduciarie. Se costui manca fin dall'origine oppure viene meno successivamente (ad es. per morte, rinuncia, mancato avveramento di una condizione) ne consegue che il "beneficial interest" del *trust* "ritorna" al disponente. Identico effetto di "ritorno" si produce se le finalità del *trust* non possono essere realizzate per altre ragioni, ad es. per impossibilità sopravvenuta (un celebre e molto discusso caso inglese è Barclays Bank v Quistclose [1970] AC 567).

8 Re Trusts of the Abbott Fund [1909] 2 Ch. 326.

9 Un *trust*, come noto, può essere anche costituito per testamento, ma limiteremo il discorso al *trust* istituito con atto tra vivi in ragione della sua molto più ampia diffusione.

10 Cass. 24.2.2015 n. 3735, in *Sistema Integrato Eutekne*.

un patrimonio destinato a uno specifico affare da parte di una società per azioni o a un vincolo di destinazione di beni immobili (che rimangono di proprietà del disponente).

La Convenzione dell'Aja è però di problematica interpretazione, sia perché l'art. 4 parla di "trasferimento" sia perché l'art. 2 usa l'espressione "porre sotto il controllo di un trustee".

La Corte di Cassazione¹¹ si è successivamente espressa nel senso della liceità ed è stata seguita sia dai giudici di merito sia da altre pronunce¹², che hanno trattato degli effetti tributari dei *trust* auto-dichiarati senza sollevare alcuna eccezione circa la loro riconoscibilità¹³. Il *trust* auto-dichiarato, in vero, si presenta nella *common law* quale normale struttura del negozio istitutivo di *trust*; anzi si può forse affermare che è divenuto la struttura prevalente (anche se, a dire il vero, molti *trust* auto-dichiarati sono *trust* che – come già detto – hanno uno "shadow settlor", cioè un disponente-ombra che non appare e che ha già trasferito al trustee, prima dell'istituzione del *trust*, una simbolica somma di denaro e poi provvederà a trasferirgli altri assets).

D'altro canto, la semplice lettura di due dei più importanti manuali sul *trust* editi in Inghilterra consente di scoprire agilmente che: "The first method of creating a trust is for the settlor to declare himself to be a trustee of his. If property is in his own name, he simply makes a declaration"¹⁴; e che: "A trust is completely constituted by the settlor either: 1) declaring that certain property vested in him is to be held henceforth by him on certain trusts b) effectively transferring certain property [...]"¹⁵.

Escludere quindi il *trust* auto-dichiarato dalla

Convenzione significherebbe rendere non riconoscibili innumerevoli *trust*, tanto è vero che, alla fine, è prevalsa la tesi della ricompressione dei *trust* auto-dichiarati nell'ambito definitorio dell'art. 2 Conv. Aja, supportata da un fondamentale argomento teorico.

Nel *trust* auto-dichiarato, infatti, si verifica una sorta di "sdoppiamento" della stessa persona: la persona proprietaria dei beni e la persona titolare di una funzione che comporta l'esercizio di poteri sui beni connessi alla funzione e non alla persona. Questa è la figura del fiduciario che si è affermata nel diritto inglese e in essa si trova la spiegazione, culturale prima ancora che giuridica, della segregazione patrimoniale: due persone, due patrimoni, ma anche due serie di diritti e di obbligazioni, fra essi non comunicanti.

È pertanto escluso, come spesso si legge, che il *trust* auto-dichiarato comporti "conferimento" di beni ad alcuno. Non si trasferisce alcunché a un trustee perché è lo stesso disponente che assume, con dichiarazione unilaterale, l'ufficio di trustee.

Ed è anche inesatto affermare che il *trust* è una "entità patrimoniale", perché tale espressione sembra richiamare l'idea della soggettività del *trust*, che è esclusa sia dal diritto dei *trust* (almeno quello inglese) sia dal diritto italiano (salvo per taluni profili tributari¹⁶). A riprova di ciò va ricordato che la stessa Corte di Cassazione ha escluso che il *trust* sia soggetto di diritto con riferimento alla trascrizione nei registri immobiliari del pignoramento di beni facenti parte del fondo in *trust*¹⁷. Anche gli atti di destinazione ex art. 2645-ter c.c. (ne dà conferma la L. 112/16) possono presentarsi, sul

11 Cass. 26.10.2016 n. 21614, in *Sistema Integrato Eutekne*.

12 Cass. 12.9.2019 n. 22754, in *Sistema Integrato Eutekne*.

13 Cass. 21.6.2019 n. 16700; Cass. 7.6.2019 n. 15456; Cass. 5.12.2018 n. 31446, in *Sistema Integrato Eutekne*.

14 Tucker L., Le Poidevin N., Brightwell J. "Lewin on trusts", Londra, 2008 (I ed., 1837): "Il primo metodo per creare un trust è che il disponente si dichiari trustee. Se i beni in trust sono a lui intestati egli semplicemente rende una dichiarazione".

15 Underhill A., Hayton D.J. "Law of Trusts and Trustees", Londra, 2010 (I ed., 1878): "Un trust è del tutto costituito da un disponente o: a) dichiarando che specifici beni a lui intestati saranno gestiti d'ora in poi in adempimento di specifici obblighi; b) trasferendo effettivamente specifici beni [...]".

16 Sulla questione della soggettività tributaria del *trust* cfr. Cass. 22.3.2021 n. 7973, in *Sistema Integrato Eutekne*.

17 Cass. 27.1.2017 n. 2043, in *Sistema Integrato Eutekne*.

piano strutturale, sia nella forma unilaterale, cioè auto-dichiarata, sia nella forma dinamica, con trasferimento di beni a un gestore.

Poste queste premesse (anche) teoriche, in concreto quale struttura negoziale scegliere?

Nel diritto dei *trust*, il rapporto tra il disponente e il *trustee* e la riserva di poteri in capo al primo sono questioni della massima rilevanza, in quanto le vicende relative ai poteri del disponente e al suo comportamento possono influenzare notevolmente la stessa validità del *trust* quale meccanismo fondato sull'affidamento. Tale complessità di analisi della posizione giuridica del disponente si accresce, evidentemente, con riferimento alla fenomenologia del *trust* c.d. auto-dichiarato nel quale, come già detto, vi è coincidenza soggettiva tra disponente e *trustee*.

Elemento caratterizzante del *trust*, infatti, è l'affidamento di una situazione giuridica soggettiva di titolarità del disponente al *trustee*, ciò che comporta il distacco dalla sfera patrimoniale del disponente.

Nel *trust* auto-dichiarato, come si è visto, si produce il distacco "giuridico" dei beni, venendosi a creare un patrimonio separato. Tuttavia, se si guarda alla struttura negoziale con gli occhiali dei terzi controinteressati (es. i creditori), ci si avvede come nella gran parte dei casi il rapporto tra disponente e beni in *trust* non muta nonostante il disponente abbia assunto l'ufficio di *trustee*. Il rapporto disponente-fondo in *trust*, specie quando il disponente non è un *trustee* professionale, di fatto non cambia, con conseguente rischio di contestazione dell'operazione negoziale e venir meno dell'effetto di separazione patrimoniale. Un creditore, in sostanza, potrebbe agire per far dichiara-

re che il *trust* è stato istituito dal disponente al solo fine di separare i beni e renderli inattaccabili dai creditori, con conseguente sua nullità per difetto di causa¹⁸.

Queste, in sintesi, le problematiche civilistiche. La struttura auto-dichiarata comporta inoltre rilevanti conseguenze tributarie, poiché l'Agenzia delle Entrate ritiene che il *trust* auto-dichiarato sia sempre una struttura negoziale interposta¹⁹.

È utile, a tal fine, sintetizzare il contenuto di un'inedita risposta a interpello²⁰ relativa a un *trust* auto-dichiarato (poi non stipulato), per comprendere il modo di ragionare dell'Agenzia, che conduce inevitabilmente a consigliare l'uso di tale struttura solo in casi limitati²¹.

Nel caso concreto il *trust* auto-dichiarato, regolato dalla legge di Jersey, Isole del Canale, prevedeva quali beneficiari di reddito la figlia e i nipoti del disponente e quali beneficiari finali i medesimi nipoti.

Il *trust* avrebbe previsto le consuete clausole disciplinanti i poteri del *trustee*, tra cui le seguenti:

- il *trustee* dispone del fondo in *trust* ed esercita il proprio ufficio senza alcuna limitazione che non risulti nell'atto stesso e senza dovere mai giustificare altrimenti i propri poteri;
- i poteri del *trustee* sono discrezionali e non sono sindacabili per ragioni di opportunità, convenienza, vantaggio economico, utilità o necessità dei beneficiari;
- il reddito del *trust* sarà attribuito per una quota variabile da un minimo del 10% a un massimo del 50% al disponente mentre il residuo sarà accumulato nel fondo in *trust*, salvo quanto stabilito nell'atto;

18 La separazione patrimoniale, infatti, è un effetto dell'atto e non ne può costituire la sola ragione giustificativa. Se così fosse l'atto sarebbe nullo per violazione dell'art. 2740 c.c.

19 Si veda Vial E. "Trust autodichiarato a fiscalità diretta incerta", *Il Quotidiano del Commercialista*, www.eutekne.info, 16.6.2018; Id. "Il trust autodichiarato: caratteristiche e rischiosità del suo utilizzo", *La gestione straordinaria delle imprese*, 5, 2017; Id. "Trust interposti: profili elusivi e indicazioni della prassi", *Ivi*, 1, 2016.

20 Risposta n. 911-590/2018.

21 Nella prassi negoziale italiana il *trust* auto-dichiarato è sovente stipulato quando si tratta di proteggere gli interessi di un soggetto disabile, essendo del tutto naturale che l'ufficio di *trustee* venga ricoperto da chi quotidianamente si occupa del disabile medesimo e conosce perfettamente le sue esigenze (ad es. un genitore).

- il *trustee* valuta periodicamente se il coniuge del disponente abbia necessità di somministrazione di mezzi finanziari a causa di sopravvenute difficoltà, che non gli consentano di mantenere il suo ordinario tenore di vita e in tal caso il *trustee* devolgerà al coniuge le somme di denaro necessarie;
- il *trustee* può alienare i beni facenti parte del fondo in *trust* al fine di ottenere liquidità;
- il *trustee* può consentire ai beneficiari del reddito di avere il godimento, alle condizioni che riterrà opportune, dei beni immobili inclusi nel fondo in *trust*.

Ebbene, la presenza di tali clausole ha fatto ritenere all'Agenzia che i beni in *trust* non potessero essere considerati come effettivamente sottratti alla concreta disponibilità del disponente, il quale secondo l'Agenzia, conservava potenzialmente la gestione dei beni (all'Agenzia però sfugge che la gestione dei beni sarebbe avvenuta, d'ora in poi, in qualità di titolare dell'ufficio di *trustee* e sulla base degli obblighi previsti nell'atto di *trust*).

In conclusione, l'Agenzia ha ritenuto che il *trust*, con riferimento all'imposizione diretta, fosse inesistente in quanto "soggetto" interposto, applicando il disposto di cui all'art. 37 comma 3 del DPR 600/73, secondo il quale "sono imputati al contribuente i redditi di cui appaiono titolari altri soggetti quando sia dimostrato, anche sulla base di presunzioni gravi, precise e concordanti, che egli ne è l'effettivo possessore per interposta persona". Di conseguenza tutti i redditi prodotti dal *trust* sarebbero stati sottoposti a imposizione direttamente nei confronti del disponente.

È evidente che così ragionando nessun *trust*

auto-dichiarato resisterebbe alla contestazione di inesistenza fiscale, non essendo concepibile un *trust* auto-dichiarato in cui il potere di gestione dei beni non appaia del disponente.

L'Agenzia cade in un errore concettuale, non riuscendo a cogliere il dato *giuridico*: anche nel *trust* auto-dichiarato, lo si è detto sopra, esiste la dualità di posizioni giuridiche disponente-*trustee* e quest'ultimo deve adempiere le sue obbligazioni nei confronti dei beneficiari del *trust*, non certo del disponente. Sul piano giuridico la persona non gestisce quale disponente, ma quale *trustee*.

È chiaro: un *trust* auto-dichiarato, come un qualunque *trust*, può dare luogo a una fattispecie di interposizione fittizia di persona ai fini delle imposte sui redditi, ma il fatto che disponente e *trustee* coincidano non è certo requisito sufficiente, ci vuole ben altro.

Di fronte a una tale posizione del Fisco, che continua a fondarsi sulla (propria) circ. 27.12.2010 n. 61 per colpire di interposizione fittizia i *trust* auto-dichiarati (e non solo), non resta che consigliare un uso limitato di tale struttura negoziale²².

In ogni caso, anche quando la struttura di un *trust* è "dinamica", le clausole che prevedono la riserva di poteri in capo al disponente devono essere redatte con cura.

Sebbene la riserva di poteri da parte del disponente sia consentita dall'art. 2 Conv. Aja e dalle leggi regolatrici, non occorre farsi "prendere la mano" e pensare che poiché la legge regolatrice del *trust* ammette tali ampie riserve senza che per tale ragione il *trust* possa essere dichiarato invalido, ciò possa essere "tradotto" nella redazione di un *trust* interno.

22 La circolare dispone: "non possono (...) 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 eterodiretta 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 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, e non si verifica, quindi, 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".

È operazione rischiosa, nella misura in cui: il *trust* finisce per non rispettare il *test* delle "tre certezze"; il *trustee* agisce in violazione del *trust* in conformità all'invalido esercizio di un potere riservatosi dal disponente; il vero scopo del *trust* e il modo con cui esso è gestito lo rendono apprezzabile come "fasullo" ("*sham*"). L'art. 2 comma 3 della Conv. Aja consente infatti al disponente di riservarsi "alcune prerogative" e non "tutte le prerogative".

Va tenuto sempre presente che l'essenza dell'affidamento risiede nell'**autonomia del trustee**. Se quest'autonomia viene meno c'è il serio rischio di ricadere nelle situazioni di "*sham*" *trust* (*trust* fasullo).

IL TRUST PER LA FAMIGLIA: LE CLAUSOLE

Una volta decisa la struttura negoziale alla luce dei *caveat* segnalati nel paragrafo precedente, occorre impostare il contenuto dell'atto istitutivo, ossia individuare le clausole che devono disciplinare l'attività del *trustee*.

È utile, a tale riguardo, spendere qualche parola sul contenuto tipico di un *trust* inglese.

Si fa presto, infatti, a dire *trust*, se poi, in definitiva, la legge straniera non si applica o non può trovare applicazione per l'esistenza di ostacoli nel diritto interno.

Nel diritto inglese dei *trust* è principio generale che sono soltanto i *trustees* (di regola almeno due) – e nessun altro – a decidere come i poteri loro attribuiti debbano essere esercitati. La clausola propria dei *trust inter vivos* stipulati nel Regno Unito è quella che attribuisce ai *trustees* "*absolute discretion*" ("**assoluta discrezionalità**"). Nel corso della durata del *trust*, i *trustees* potranno, ad esempio:

- accumulare tutto o parte del reddito del *trust* (il reddito accumulato diventerà capitale, quindi non potrà essere distribuito ai beneficiari di reddito);
- distribuire o impiegare il reddito residuo (cioè quello non accumulato) in favore di o a vantaggio di qualsiasi beneficiario, come essi ritengano opportuno.

Come si può notare, i *trustees* hanno la possibilità di decidere non solo l'*an* ma anche il *quantum* delle attribuzioni o dell'impiego, senza che nell'atto vengano previsti particolari criteri, se non l'indicazione per cui l'attribuzione o l'impiego deve avvenire "*as the Trustees think fit*" ("**come i trustees ritengono opportuno**").

La discrezionalità del *trustee*, in buona sostanza, è strumento funzionale al perseguimento del "**best interest**" del *trust*, tanto è vero che la stessa giurisprudenza inglese ritiene che nei casi dubbi si presume che il disponente *non* abbia desiderato una ripartizione in parti uguali²³. Sulla compatibilità di tale clausola con l'ordinamento italiano potrebbero forse nutrirsi dubbi²⁴. Se la risposta fosse negativa ciò allontanerebbe il funzionamento del *trust* in Italia rispetto a quanto accade nel Regno Unito, dove in linea generale è assolutamente pacifico che solo i *trustees* debbano decidere in che modo i loro poteri debbano essere esercitati, salvo sia previsto, ad esempio, il consenso del *protector/guardiano*. Ciò peraltro non significa che secondo il diritto inglese i *trustees*, pur in presenza di una clausola che attribuisca loro "assoluta discrezionalità", possano agire in maniera irragionevole o impropria. I poteri attribuiti al *trustee* sono sempre di natura fiduciaria, vanno esercitati coerentemente con le finalità proprie del *trust* e – soprattutto – l'esercizio dei poteri è soggetto al controllo del giudice.

23 Così, in sostanza, Lord Wilberforce in *Mc Phail v Doulton* [1971] A.C. 424: "*Dal punto di vista razionale, ritenere che un principio di ripartizione in parti uguali si applichi ai trust come quello in questione, è certamente paradossale. Una ripartizione in parti uguali è sicuramente l'ultima cosa alla quale il disponente possa aver pensato: una ripartizione tra tutti in parti uguali può, probabilmente, produrre un risultato che non giova a nessuno*" (traduzione di chi scrive).

24 La clausola potrebbe confliggere con il c.d. principio della personalità della volizione liberale (che si ricaverrebbe dall'art. 778 c.c. in tema di mandato a donare), in forza del quale non è possibile rimettere alla mera volontà di un terzo il potere di decidere a chi donare e cosa donare.

Altre clausole proprie del modello inglese, non facilmente esportabili nel nostro ordinamento sono quelle che disciplinano gli "overriding powers" (da intendersi come "poteri imperativi" o "poteri assoluti").

Tra tali poteri vi è anzitutto il *power of appointment*²⁵, in forza del quale il trustee può decidere di gestire qualsiasi bene facente parte del fondo in trust a vantaggio di qualsiasi beneficiario nei termini che egli ritenga opportuni, creando ulteriori trust discrezionali o prevedendo che qualsiasi persona possa esercitare poteri attributivi o gestori (intendendosi per "persona" chiunque al mondo incluso un trustee).

Altro potere è il *power of resettlement* (o di risistemazione) cioè il potere di trasferire beni in trust in un altro trust, per cui il trustee potrà dichiarare che egli mantiene in trust determinati beni facenti parte del fondo in trust al fine di trasferirli ai trustee di un altro trust ovunque istituito affinché vengano gestiti secondo le disposizioni di quel trust, così liberandoli dalle previsioni contenute nel trust di partenza.

Ancora, può essere previsto il *power of advancement* (potere di anticipazione), che consente al trustee di pagare o impiegare a vantaggio di un qualsiasi beneficiario beni in trust a titolo di anticipazione.

Altre clausole che si leggono nei trust inglesi sono quelle che prevedono il potere del trustee di nominare quale nuovo trustee anche persone o enti che siano residenti o abbiano sede ovunque (con conseguenti problemi gestionali, specie se il fondo in trust si trova in Italia) ovvero che il trustee possa amministrare il trust in qualsiasi parte del mondo nonché cambiare in qualsiasi momento la legge che lo regola e modificare le clausole dell'atto come ritenga necessario e opportuno.

Sono esempi (se ne potrebbero fare molti altri) di una fiducia "totale" (o quasi) riposta nel trustee e l'estesa e quasi illimitata discrezionalità

a lui attribuita dall'atto istitutivo di trust ha dato luogo a severe critiche persino da parte della dottrina straniera, che ritiene trust siffatti non pienamente compatibili con il modello tradizionale inglese²⁶.

Proporre un trust siffatto al tipico disponente italiano, tendenzialmente riluttante ad affidare poteri di tale ampiezza al trustee, fa sì che i trust interni di regola non contengano una regolamentazione analoga a quella propria dei trust istituiti nel Regno Unito (o nei paesi c.d. offshore), il che va a discapito della flessibilità propria del trust.

Compito del professionista, allora, è trovare il giusto equilibrio tra i poteri, quello del trustee di essere sufficientemente libero nella gestione dei beni in trust e quello del disponente di poterlo controllare.

In quest'ottica, occorre non confondere il controllo del trust con il controllo del trustee. Ciò che sfugge, soprattutto al fisco italiano, è che il controllo sui trustee e l'influenza sulla formazione della sua volontà sono elementi connotati al moderno diritto dei trust²⁷.

Tanto premesso, qui di seguito si espongono alcune distinzioni che il professionista deve tenere presente quando struttura un atto istitutivo di trust.

Nella prassi dei trust interni i beneficiari vengono distinti in:

- beneficiari delle utilità del trust o beneficiari di reddito; e
- beneficiari finali, che sono coloro aventi il diritto, al termine del trust, di ricevere il fondo in trust.

Le posizioni beneficiarie possono essere *fixed* (fisse) o *discretionary* (discrezionali).

Questa distinzione ha una doppia valenza: si può essere infatti beneficiari *fixed* nel senso che la posizione beneficiaria è immutabile, ma anche nel senso per cui si ha diritto di ricevere prestazioni predeterminate, in genere somme di denaro.

25 Il termine "appointment" ha vari significati: stabilire, nominare, destinare, attribuire.

26 Cfr. Smith L. "Massively Discretionary Trusts", *Trusts & Trustees*, 2019, p. 397.

27 Per approfondire il tema è d'obbligo il rinvio a Lupoi M. "Il «controllo» in materia di trust, auto-dichiarato e non", *Trusts e att. fid.*, 2020, p. 121.

Si può invece essere beneficiari discrezionali sia nel senso per cui è la stessa esistenza della posizione beneficiaria come tale a essere rimessa alla discrezionalità del *trustee*, sia nel senso per cui il *quantum* di prestazioni è rimesso alla discrezionalità del *trustee* medesimo. Ciò accade, ad esempio, allorché il disponente indichi una categoria o una rosa di possibili beneficiari, conferendo al *trustee* (o ad altro soggetto) il potere di scegliere a chi e/o in quale misura attribuire i vantaggi economici inerenti ai beni in *trust*. In questo caso non vi è alcun soggetto che possa considerarsi titolare di un diritto (di credito) certo nell'*an* (cioè attuale) e nel *quantum* (cioè esigibile) a conseguire beni in *trust*, dipendendo tale evento (cioè la concreta assunzione della qualifica di beneficiario) dal fatto che il *trustee* concretamente decida di esercitare in favore di uno o più soggetti il potere discrezionale conferitogli, elargendo a costoro somme oggetto di *trust*.

La natura della posizione beneficiaria di un *trust* discrezionale è tale da renderla non alienabile né suscettibile di azioni esecutive o cautelari da parte dei creditori del beneficiario stesso.

Questa distinzione ha anche una rilevanza tributaria, poiché è su di essa che si fonda l'ulteriore distinzione tra *trust* trasparenti (in cui i beneficiari hanno diritto di pretendere che il *trustee* eroghi somme in loro favore) e *trust* opachi (in cui l'atto di *trust* prevede che il *trust* accumuli il reddito del *trust*).

La distinzione tra beneficiari *fixed* e *discretionary* rileva anche rispetto ai beneficiari finali del *trust*. Essi possono essere già determinati e definitivamente determinati, oppure la loro individuazione può essere rimessa alla discrezionalità del *trustee*.

Nell'ambito dei beneficiari finali assume rilevanza anche un'altra distinzione, un po' figlia della precedente, quella tra beneficiari *vested* e beneficiari *contingent*.

La posizione è "vested" (ossia "acquisita" in senso assoluto) quando il beneficiario è titolare di un diritto incontrovertibile a ricevere i beni in *trust* al momento della sua cessazione.

La posizione è invece "contingent" (ossia "subordinata") quando è sottoposta a condizione sospensiva (es. essere viventi al termine del *trust*, conseguire una laurea entro il termine di durata del *trust* ecc.).

Questa distinzione è molto rilevante, perché se la posizione beneficiaria è *vested* farà parte della successione del beneficiario in caso di sua premorienza. Se, invece, è *contingent*, opereranno le eventuali diverse regole previste nell'atto istitutivo (ad es. subentrerà un altro soggetto).

CONCLUSIONI OPERATIVE

È comprensibile che di fronte a un istituto giuridico che non fa parte della tradizione civilistica italiana ci si possa sentire impauriti o sorpresi nell'apprendere che uno dei suoi effetti principali consiste nel "perdere" la titolarità dei beni affidati al *trustee*.

Per tale ragione optare per il *trust* auto-dichiarato è una scelta che si potrebbe definire "conservativa", nel convincimento che essa consente al disponente di continuare a mantenere il controllo dei beni, così rimanendo inalterato il preesistente rapporto tra disponente e beni in *trust*. Tale convincimento è però errato, perché il disponente, una volta istituito il *trust* diviene *trustee* ed è obbligato a gestire i beni in *trust* in tale qualità.

Ciò significa che il preesistente rapporto tra disponente e beni deve mutare, altrimenti il *trust* così istituito rischia di essere apprezzato come un mero simulacro, finalizzato esclusivamente a separare i beni, con conseguente rischio di vittoriosa aggressione da parte di chi ha interessi confliggenti (es. i creditori del disponente). *Trust* auto-dichiarato sì, dunque, ma con *juicio*.