

ANDREA VICARI

IL GUARDIANO E IL TRUST INTERPOSTO

Una rilettura sistematica
tra categorie civilistiche, leggi regolatrici
e disciplina tributaria

Nuove tecniche redazionali

INTRODUZIONE

Negli ultimi anni la figura del guardiano è stata sempre più frequentemente impiegata (e fraintesa) dagli operatori.

È poi divenuta oggetto di decisioni giudiziarie e provvedimenti amministrativi che hanno assunto traiettorie inaspettate.

Le ragioni di tutto questo risiedono nel fatto che il guardiano, in realtà, non ha attratto una grande attenzione della dottrina, sia essa internazionale ⁽¹⁾ che italiana.

D'altra parte, la dottrina italiana è ancora troppo impegnata a metabolizzare il trust a livello istituzionale per poter scendere ad approfondire nel dettaglio i singoli rapporti che lo compongono nelle specifiche leggi regolatrici.

Dunque, l'esperienza italiana non ha avuto a disposizione gli strumenti adeguati, per un corretto inquadramento teorico-pratico della figura, su cui basare le proprie riflessioni ed azioni.

Per questo, la prassi operativa, i provvedimenti amministrativi e le decisioni giudiziarie sono state, a tratti, autoreferenziali e prive di specifici riferimenti a regole precise.

Tanto che il ruolo del guardiano con poteri eccedenti il controllo legale e contabile è stato impiegato, strumentalmente, per affermare, senza troppi distinguo, la simulazione, la irriconoscibilità, la nullità e l'interposizione fittizia del trust. In particolare, questo si è manifestato in ambito tributario ove, sottovalutando l'essenza della figura e la disciplina presente nella specifica legge regolatrice, si è sovente giunti ad affermare che il guardiano possa divenire uno strumento in mano al disponente (o ai beneficiari) per eterodirigere il trustee.

In assenza di una verifica di coerenza con il diritto applicabile, tutto ed il contrario di tutto è stato detto.

⁽¹⁾ P. B. MILLER, *Regularizing the Trust Protector*, cit., p. 299 ("A few academic papers describe practices in the use of protectors and take stock of associated legal and practical issues. But trusts scholars have largely ignored protectors").

Nell'esperienza italiana, si è ritenuto che il guardiano “*abbia l'esclusivo compito di garantire l'effettivo perseguimento dell'interesse cui è finalizzata l'istituzione del trust e di sorvegliare la correttezza del trustee nei compiti a lui deputati, (mentre) non ha potere dispositivo sui beni*” (2) e che l'attribuzione al guardiano di poteri ulteriori possa essere indice di anomalie funzionali del trust, potendo privare il trustee della necessaria autonomia nell'amministrazione dei beni in trust (3).

Poi, però, si è addirittura giunti ad affermare che “*l'assenza di un guardiano previsto nell'atto istitutivo del trust già comporta di per sé la nullità strutturale dello stesso*” (4) o che la sua revocabilità determina “*l'impossibilità di assicurare la protezione e tutela degli altri beneficiari. [...]*” e costituisce un “*difetto dell'atto istitutivo*” che lo pone “*in contrasto con l'ultimo comma dell'articolo 2 della Convenzione dell'Aja sul Trust*” e “*non riconoscibile da parte dell'ordinamento giuridico italiano in quanto funzionale al raggiungimento di effetti ripugnanti per il nostro ordinamento*” (5).

Per poter delineare ed inquadrare correttamente il guardiano nell'esperienza italiana è necessario tornare ai fondamentali ed immergersi nel diritto vigente straniero, in particolare quello della Repubblica di San Marino — in cui il legislatore ha normato la figura del guardiano in modo analitico e logico — e quello di Jersey, in cui il legislatore ha taciuto e la giurisprudenza la sta, gradualmente, delineando.

Questo è necessario, non solo perché tali leggi regolatrici sono quelle maggiormente impiegate nella prassi ma, anche, perché quella di San Marino, declinata in modo puntuale ed attraverso le categorie civilistiche, può fornire una lente per meglio cogliere i profili del guardiano che la giurisprudenza di Jersey ha tratteggiato, però, in modo solo frammentario e casistico.

Tale ricostruzione permetterà di riconoscere che, in entrambe queste leggi regolatrici, il guardiano non è un mero “controllore” del trustee, ma un suo contraddittore, inserito nei rapporti di trust per incrementare il bagaglio delle informazioni a disposizione del trustee e, in fin dei conti, meglio assicurare la realizzazione degli interessi per cui il trust è stato istituito.

(2) App. Torino, 18 maggio 2020, n. 535; Trib. Milano Sez. II, Ord., 28 luglio 2019.

(3) Trib. Vicenza, 19 giugno 2023.

(4) Trib. Como, 2 maggio 2022 n. 293.

(5) App. Bologna, 11 gennaio 2019, n. 143.

In conseguenza di tutto ciò, saranno riviste criticamente le spesso affrettate ricostruzioni che ritengono patologica ogni attribuzione di poteri al guardiano più estesa rispetto al mero controllo legale e contabile e, poi, decostruite alla luce tutte quelle sommarie ricostruzioni che, sul piano tributario, ne deducono l'esistenza di fenomeni di interposizione fittizia del trust oppure, sul piano civilistico, l'invalidità o la non riconoscibilità. Quest'opera di decostruzione avverrà mettendo tali ricostruzioni alla prova del diritto positivo.

Infine, per il tramite di un formulario verranno presentate nuove tecniche redazionali, capaci di rappresentare analiticamente l'essenza del guardiano nelle specifiche leggi regolatrici esaminate.

Milano, 9 gennaio 2025

ANDREA VICARI

Termine estratto capitolo

CAPITOLO I

IL GUARDIANO NEI TRUST INTERNI

SOMMARIO: 1.1. I trust con guardiano: una diversa configurazione funzionale dei rapporti di trust. — 1.2. *Segue*: una diversa configurazione strutturale dei rapporti di trust. — 1.3. Il polimorfismo del guardiano nell'esperienza italiana: il problema del mancato riferimento ad una fattispecie di diritto positivo. — 1.4. Il guardiano nel diritto positivo: riflessioni generali sulle leggi regolatrici applicate nei trust interni. — 1.5. I “due” guardiani: il paradigma del diritto di Jersey. — 1.6. Il guardiano quale titolare di un ufficio di diritto privato: il paradigma della legge sul trust di San Marino.

1.1. I trust con guardiano: una diversa configurazione funzionale dei rapporti di trust.

L'istituto del trust nasce attraverso un graduale sviluppo della disciplina dell'ufficio di trustee, la cui epifania si perde nella notte dei tempi ⁽¹⁾.

La figura del guardiano è, invece, più recente: risale a qualche decina di anni or sono ⁽²⁾, ma il suo impatto sulla struttura dell'istituto del trust non è stato meno profondo.

Fino all'apparizione del guardiano, il trustee, collocato tra disponente e beneficiari nella trasmissione della ricchezza, era considerato la

⁽¹⁾ A. W. SCOTT, *The Trust as an Instrument of Law Reform*, 31 Yale L. J. 457 (1922) (“[the trust] did not, Minerva-like, spring full-grown into being. There were centuries of gestation before it became a legal institution, and centuries of growth before that institution took its place as the central figure in a ‘noble, rational and uniform system’ of equity”).

⁽²⁾ Colloca la nascita dell'ufficio di guardiano negli anni '90 del secolo scorso, L. A. FROLIK, *Trust protectors: why they have become “the next big thing”*, 50 Real Property, Trust and Estate Law Journal 267 (2015). Nel 1990, in *Rawson Trust Co. v. Perlman*, 1 BOC 31, 50 si riconosceva la novità del tema (“the term protector is not a term of art and is not known as such to our law”).

sola figura pivotale del trust dalla quale irradiavano i vari rapporti giuridici ⁽³⁾.

Nell'esperienza italiana, questa considerazione ha generato la convinzione che il trustee, non solo fisiologicamente, ma anche necessariamente, fosse e dovesse essere un soggetto dotato di una discrezionalità ed autonomia sovrana, assoluta, incontrastata e incondizionata, sottoposto unicamente alla legge e al giudice.

Impiegando una metafora, in Italia si è arrivati a pensare al trustee come una sorta di divinità monoteistica alla cui benevolenza il disponente si affida per risolvere le proprie preoccupazioni familiari; una divinità a cui sono e debbono essere affidate le sorti dei beni in trust e dei beneficiari, che da questa figura devono dipendere, allo stesso tempo, in modo passivo ed assoluto.

Si è giunti, così, anche a dare per assunto che, per rimanere in una configurazione fisiologica di questo istituto, i beneficiari debbano limitarsi a rivolgere le loro suppliche al trustee, rimanendo in attesa di un suo atto di benevolenza. Tale "divinità", dall'alto della sua posizione, dovrebbe "intuire" bisogni, sofferenze e interessi dei beneficiari, evitando però contatti personali troppo stretti e senza poter richiedere informazioni o ricevere opinioni dal disponente.

Questa è una ricostruzione puramente concettuale e confligge con una lettura realistica del funzionamento trust, sia sul piano giuridico che sociale.

Tuttavia, essa ha generato e continua a generare fenomeni di precomprensione che, in Italia, incidono sulle decisioni dei giudici e dell'Amministrazione finanziaria.

La presenza del guardiano manda certamente in frantumi questa rappresentazione. Quali che siano i poteri attribuiti al trustee, la presenza di un guardiano incide sempre e comunque sul processo con cui costui compie le proprie valutazioni ed assume le proprie decisioni. Il trustee si trova, infatti, sempre costretto a relazionarsi con un "altro" rispetto a lui, con una presenza che non lo lascia, e non lo può lasciare indifferente, che incide inevitabilmente sulle sue modalità di azione, tanto sul piano prettamente giuridico quanto su quello psicologico ⁽⁴⁾.

⁽³⁾ R. EDWARDS & N. STOCKWELL, *Trusts and Equity*, London, 2005, p. 400 ("Trustees occupy a pivotal role").

⁽⁴⁾ Per risalire a Lacan, v. C. CAVALLARI, *Il solco del grande Altro. Psicoanalisi e politica a partire da Lacan*, in *Scienza & Politica. Per Una Storia Delle Dottrine*, 2016, a p. 28.

Il guardiano, inoltre, si immerge nel mondo delle relazioni familiari e trasferisce al trustee, operando sul piano degli interessi da tutelare, i bisogni dei beneficiari.

Sempre impiegando una metafora, trustee e guardiano divengono divinità meno lontane tra loro ed assumono la foggia di divinità di una religione politeista — come quella greca — che agiscono in modo indipendente ma strettamente collegato tra loro, tenendo conto della sfera delle relazioni umane ed assumendo con gli esseri umani relazioni che non presuppongono un distanziamento, bensì un'equilibrata interazione.

Questo per rendere l'amministrazione del trust permeabile ai bisogni della famiglia i cui interessi il trustee deve soddisfare.

Compreso ciò, diviene anche evidente che la presenza del guardiano nelle relazioni di trust può incidere sul trustee in modo differente in ragione della specifica funzione che gli è attribuita dal singolo atto istitutivo.

Normalmente questa funzione varia considerabilmente a seconda che si tratti di trust internazionali, nell'ambito dei quali il guardiano è nato, o di trust domestici, nei quali invece è stato poi trapiantato.

Nei trust internazionali, normalmente, il disponente attribuisce al guardiano estesi poteri di natura personale (e non fiduciari) al fine di controllare un trustee lontano, spesso collocato in Paesi *off-shore*, di cui non ha alcuna personale conoscenza.

Si tratta di un trustee a cui, in realtà, non intende realmente affidarsi perché manca, sostanzialmente, il rapporto di fiducia necessario per generare l'affidamento.

Invece, nei trust domestici, il disponente nomina un guardiano con un compito diverso: interagire con il trustee per assicurare l'assunzione di decisioni informate e ragionevoli nell'amministrazione dei beni vincolati; la realizzazione dei desideri del disponente e la soddisfazione degli interessi dei beneficiari, nonché l'adattamento alle circostanze sopravvenute dopo l'istituzione del trust ⁽⁵⁾.

⁽⁵⁾ G. S. ALEXANDER, *Trust Protectors: Who Will Watch the Watchmen?* 27 Cardozo L. Rev. 2807 (2005-2006), a p. 2807 ("The emergence of the trust protector office is one of the major developments in American trust law during the past decade. [...] [T]he trust protector office, though it first developed to enable settlors of offshore asset protection trusts to maximize their control over assets transferred into such trusts while still immunizing them from the reach of creditors, is no longer confined to the asset protection context. Increasingly, estate planners are using it as a device that adds flexibility to long-term trusts and that increases the settlor's ability to control trustee behavior long after the time when the settlor has died or has otherwise become unable to

La Corte per il Trust ed i Rapporti Fiduciari della Repubblica di San Marino ha così ricostruito la funzione del guardiano nei trust interni (6).

Tutto questo avviene non perché non ci sia fiducia e affidamento nei confronti del trustee, ma perché nessun trustee, oggi, può riunire in sé tutte le competenze e sensibilità necessarie per compiere valutazioni informate e per assumere decisioni ponderate per un'efficace amministrazione del trust. Infatti, il trustee dovrebbe essere capace di gestire tanto le complessità dell'economia e della finanza, quanto di cogliere i bisogni personali dei beneficiari che vivono in una società sempre più liquida (7), la quale ha modificato la psicologia degli individui e le loro relazioni (8), così come il trustee dovrebbe essere in grado di risolvere le crescenti difficoltà delle relazioni di famiglia che nel mondo contemporaneo si sono radicalmente trasformate (9). Ad esempio, un trustee che sia emanazione di un gruppo bancario avrà tutte le sensibilità per gestire un patrimonio finanziario, ma potrebbe non avere quelle aziendali per assumere le decisioni in merito all'esercizio dei diritti amministrativi nelle società operative. Oppure, diversamente, un trustee che sia un consulente aziendale potrà avere la capacità di compiere le valutazioni ed assumere le decisioni in merito alle società operative incluse tra i beni in trust, ma non avrà sufficiente sensibilità per comprendere, ad esempio, i bisogni dei beneficiari ove questi dovessero essere soggetti deboli o minori.

Il bisogno di affiancare un contraddittore al trustee è amplificato dalla “depersonalizzazione” che l'istituzionalizzazione dell'attività di trustee ha prodotto.

direct the trustee”). v. STEWART E. STERK, *Trust Protectors, Agency Costs, and Fiduciary Duty*, 27 Cardozo L. Rev. 2761 (2006).

(6) Corte per il Trust ed i Rapporti Fiduciari della Repubblica di San Marino, Causa n. 2023/05/VG — Decreto del 25 luglio 2024, <https://www.cortetrust.sm/online/home/decisioni.html>.

(7) Z. BAUMAN, *Amore liquido. Sulla fragilità dei legami affettivi*, Bari, 2006; Z. BAUMAN, *Vita liquida*, Bari, 2008; Z. BAUMAN, *La solitudine del cittadino globale*, Milano, 2014; Z. BAUMAN, *Consumo, dunque sono*, Bari, 2010; Z. BAUMAN, *La società dell'incertezza*, Bologna, 1999; Z. BAUMAN, *Paura liquida*, Bari, 2009.

(8) M. RECALCATI, *A pugni chiusi. Psicoanalisi del mondo contemporaneo*, Milano, 2023.

(9) M. RECALCATI, *Il segreto del figlio. Da Filippo al figlio ritrovato*, 2018; M. RECALCATI, *Il figlio ritrovato. Il ritorno del padre*, Milano, 2023.

CAPITOLO II

IL GUARDIANO NEL DIRITTO DI JERSEY

SOMMARIO: 2.1. La tendenza verso la tipizzazione nel trust: il guardiano nel trust di famiglia. — 2.2. La funzione del guardiano: controllore o contraddittore del trustee? — 2.3. Le caratteristiche soggettive del guardiano: un soggetto o un professionista legato da rapporti con la famiglia. — 2.4. Il guardiano e la fiduciarietà dei suoi poteri. — 2.5. Gli obblighi del guardiano: l'obbligo generale di agire con diligenza e buona fede (di cui sono creditori i beneficiari e non il disponente). — 2.6. *Segue:* l'obbligo di rispettare l'autonomia del trustee. — 2.7. *Segue:* l'obbligo di compiere valutazioni con diligenza e buona fede e assumere decisioni autonome e razionali. — 2.8. *Segue:* l'obbligo di portare all'attenzione del trustee i desideri del disponente, astenendosi dall'imporli. — 2.9. *Segue:* l'obbligo di comunicare con i beneficiari e di fornire loro informazioni e documenti. — 2.10. I poteri del guardiano: la sostituzione del trustee o di nominare un guardiano che lo sostituisca. — 2.11. *Segue:* il potere di consenso (o di veto). — 2.12. *Segue:* il potere di modificare l'atto istitutivo. — 2.13. I diritti del guardiano: le informazioni e i documenti del trust. — 2.14. Conclusioni.

2.1. La tendenza verso la tipizzazione nel trust: il guardiano nel trust di famiglia.

Nell'esperienza italiana a lungo si è rappresentato e considerato il trust espressamente istituito come una figura unitaria, ma amorfa e polifunzionale, e si è negata la possibilità di identificare all'interno della categoria l'esistenza già di tipi diversi di trust ⁽¹⁾. Si è cristallizzata l'idea, autorevolmente sostenuta, che il trust espressamente istituito fosse una figura non solo amorfa e genericamente polifunzionale, ma in relazione alla quale non fosse possibile demarcare anche distinzioni,

⁽¹⁾ A. VICARI, *Il "tipo" nella (ri)lettura dei trust espressamente istituiti e nella costruzione del contratto di affidamento fiduciario*, in *Studi Urbinati*, A — Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche, 2015, 369-392, p. 369.

essendo privo il diritto dei trust di alcuna dimensione sistematica ⁽²⁾. Sembrerebbe arbitrario, dunque, ogni ragionamento sui tipi o sulle tipologie di trust, in quanto tali differenziazioni non risponderebbero a criteri coerenti ⁽³⁾.

Tra la figura unitaria — “il trust (espressamente istituito)” — e la moltitudine indifferenziata dei casi in cui il trust è impiegato nella società — “i trusts (espressamente istituiti)” — non vi sarebbe spazio per concepire modelli di trust — “i tipi di trust” — attorno ai quali individuare una disciplina specifica, fatta di norme dispositive e imperative loro soltanto applicabili, così come nel diritto italiano vi è la disciplina dei tipi contrattuali.

Secondo questa opinione, si dovrebbe parlare di trusts al plurale, senza parlare né di trust né di tipi di trust ⁽⁴⁾.

In realtà, non appare possibile negare l'esistenza di una simile tendenza nel diritto dei trust di diversi ordinamenti ed in cui si tende a coagulare regole specifiche intorno a modelli astratti che — in ragione di caratteristiche funzionali o strutturali — acquistano autonomia di disciplina, la quale risulta in grado di identificarli e distinguerli rispetto ad altri modelli.

Insomma, non mancano nelle esperienze straniere situazioni in cui l'ordinamento di riferimento configura un determinato tipo di trust in modo simile a quanto avviene per i tipi di contratto in diritto italiano. Un civilista, abituato a pensare in chiave di tipi di contratto, può — forse — riconoscere più facilmente questo tipo di fenomeno. Tale processo di tipizzazione non coincide con l'individuazione del tipo del ‘trust con beneficiari’ o del ‘trust di scopo’, che è prima di tutto strutturale ⁽⁵⁾. La tipizzazione a cui ci si riferisce, invece, è basata su una differenziazione principalmente funzionale, il cui processo presupp-

⁽²⁾ M. LUPOI, *Trusts*, Milano, 2001, p. 9: “Il plurale “trusts” serve, in primo luogo, a sottolineare il polimorfismo dell’istituto, quale delineato negli “esercizi preliminari” appena proposti e quale appare dalla prassi negoziale, lontanissima dalle classiche finalità di conservazione del patrimoni familiari; il plurale serve, in secondo luogo, a porre in luce l’inesistenza di una dimensione sistematica all’interno del mondo della common law [...]”.

⁽³⁾ M. LUPOI, *Trusts* — II. *Convenzione dell’Aja e diritto italiano*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXXI, 1995.

⁽⁴⁾ M. LUPOI, *Trusts*, *op. cit.*, p. 9.

⁽⁵⁾ A. VICARI, *Il “tipo” nella (ri)-lettura dei trust*, *op. cit.*

pone la costruzione di tipi negoziali, vale a dire di modelli di operazioni economiche (6).

Tale processo avviene anche nel diritto inglese, sebbene in questo ordinamento la tipizzazione sia ancora un fenomeno piuttosto implicito, dato che la tassonomia tradizionalmente impiegata dai giuristi inglesi è meno capace, rispetto a quella di altri sistemi, di portare il fenomeno a livello esplicito (7).

Nella tassonomia consolidata nella trattatistica inglese a partire dall'800 si assume la categoria del trust (espressamente istituito e non) in modo ancora sostanzialmente unitario e, solo occasionalmente, è stata sviluppata una ricostruzione differenziata in ragione di tipi di trust.

Tuttavia, con il moltiplicarsi degli impieghi del trust espressamente istituito in settori commerciali ed onerosi, si sono sviluppate regole operative diversificate, applicabili ai soli negozi impiegati in tali ambiti (8).

Ad esempio, il trust impiegato come fondo pensione appare oggi un tipo giurisprudenziale a sé stante, con regole proprie che sono ormai autonome rispetto a quelle applicabili ad altri tipi di trust (9).

In tale contesto, si è parlato di frammentazione del diritto dei trust (10), per riferirsi a questo fenomeno che i civilisti chiamerebbero 'tipizzazione'.

(6) *Ibidem.*

(7) *Ibidem.*

(8) D. HAYTON, *Pension Trusts and Traditional Trusts: Drastically Different Species of Trusts*, in *The Conveyancer* 229, 2005.

(9) *Imperial Group Pension Trust Ltd v. Imperial Tobacco Ltd.*, 1991, 1 WLR 589, p. 597.

(10) G. MOFFAT, *Pension funds: a fragmentation of trust law*, 54 M.L.R. 1993, p. 495: "Whether we say there is now a distinctive law of pension trusts, or merely that there are new developments in the existing law of trusts, is material if opting for one formulation rather than the other were to affect our subsequent understanding and interpretation of the law of trusts, be it in relation to pensions or other types of trust. In respect of pension trusts, it would be unfortunate if the path towards legal development, opened up by the subversive potential of recent conceptual innovations, were obstructed by an overly mechanical process of analogising from the paradigm of the family trust; in short, by legal tradition. Conversely, the outcome of pension litigation leaves us with intriguing questions about the family trust. These are most aptly examined by inverting Sir Robert Megarry's proposition from *Cowan v Scargill*: is there any good reason why the 'rules' regulating pension trusts should apply in all their force to other trusts? The tenor of this article has been to reject any necessary symbiosis between the two".

Alcuni dei trattati inglesi più moderni rispecchiano nella loro struttura il processo di tipizzazione giurisprudenziale in corso, nonché l'affermarsi di vari tipi di trust espressamente istituiti, che si caratterizzano sulla base della funzione economica e di una disciplina peculiare destinata a concorrere, con i principi generali, nella definizione del quadro giuridico di riferimento per i negozi riconducibili a tali tipi ⁽¹¹⁾.

In altri sistemi la tipizzazione del trust è più facilmente rilevabile, in quanto espressamente riconosciuta all'interno dell'ordinamento ⁽¹²⁾.

In molti sistemi, diversi da quello inglese, negli ultimi decenni si è sviluppata una disciplina tipica per il trust di protezione patrimoniale (“*asset protection trust*”), con una logica caratteristica del processo di tipizzazione che il civilista può facilmente riconoscere, essendo basata sulla caratterizzazione funzionale del tipo di negozio e una coerente disciplina in tema di effetti ⁽¹³⁾.

La tradizione americana, più di tutte le altre, ha sviluppato l'attitudine alla tipizzazione ⁽¹⁴⁾. Negli Stati Uniti, l'esistenza di tipi di trust è espressamente riconosciuta e, sulla base di questa, si sviluppa il discorso dottrinale ⁽¹⁵⁾.

Ad esempio, l'American Law Institute, nel Restatement (Third) of Trusts, ha chiarito che le regole in esso contenute hanno ad oggetto il solo trust di famiglia e, dunque, che la disciplina oggetto del Restatement è quella che ruota intorno a questo tipo, e solo questo tipo, di

⁽¹¹⁾ A. HUSTON & G. THOMAS, *The Law of Trusts*, Oxford, 2010, p. 24.

⁽¹²⁾ A. VICARI, *Il “tipo” nella (ri)-lettura dei trust*, op. cit.

⁽¹³⁾ Già A. VICARI, *Il trust di protezione patrimoniale*, Milano, 2003; A. VICARI, “*Asset protection trusts*”: *i trust per proteggere il patrimonio*, in *Trusts & Attività Fiduciarie*, 2001, p. 540.

⁽¹⁴⁾ A. VICARI, *Il “tipo” nella (ri)-lettura dei trust*, op. cit.

⁽¹⁵⁾ J. H. LANGBEIN, *The Secret Life of the Trust: the Trust as an Instrument of Commerce*, in *Yale L.J.* 107, 1997, p. 165; S.I. STRONG, *Arbitration of Trust Disputes: Two Bodies of Law Collide*, in *Vand. J. Tran. Law* 45, 2012, p. 1157, laddove si precisa che: “*Trusts are typically defined by their purpose. Many trusts (such as dynasty trusts, marital trusts or family trusts) are meant to pass on wealth within a family, with the quintessential example being a trust created by a parent to benefit a child after the parent's death. However, trusts serve other purposes as well. For example, some trusts are created entirely for charitable purposes, and others are created to protect potential creditors from*

CAPITOLO III

**IL GIUDICE TRA TRUSTEE E GUARDIANO: L'ESPERIENZA
DI JERSEY ED I LIMITI ALLA VOLONTARIA
GIURISDIZIONE ITALIANA**

SOMMARIO: 3.1. Il controllo giudiziario sul guardiano nell'ambito della *supervisory jurisdiction*. — 3.2. I provvedimenti del giudice a tutela dell'autonomia del trustee: la rimozione del guardiano. — 3.3. *Segue*: la sospensione dei poteri del guardiano. — 3.4. *Segue*: l'annullamento della sostituzione del trustee compiuta nel tentativo di piegarne l'autonomia. — 3.5. *Segue*: l'autorizzazione a procedere per il trustee in caso di mancato consenso o di veto del guardiano. — 3.6. I problemi di giurisdizione e competenza nel controllo e supervisione del guardiano da parte del giudice: questioni di diritto internazionale privato.

3.1. Il controllo giudiziario sul guardiano nell'ambito della *supervisory jurisdiction*.

I rapporti nascenti dal trust si differenziano da quelli di tipo contrattuale per il fatto di essere sottoposti al controllo e alla supervisione dell'autorità giudiziaria durante la loro esecuzione.

Nel corso della durata del trust, il giudice può essere interpellato per assicurare che l'adempimento delle finalità per cui il trust è stato istituito si verifichi correttamente ed assicurare, così, la sua corretta amministrazione, prima del verificarsi di eventuali controversie.

Ciò ovviamente non accade in relazione ai rapporti contrattuali, laddove il giudice è coinvolto, soltanto, in caso di inadempimento, al momento del sorgere della controversia ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ *Crociani and others (Appellants) v Crociani and others (Respondents)* [2014] UKPC 40, n. 36 (“*In the case of a trust, unlike a contract, the court has an inherent jurisdiction to supervise the administration of the trust — see eg Schmidt v Rosewood Trust Ltd [2003] UKPC 26, [2003] 2 AC 709 para 51, where Lord Walker of Gestingthorpe referred to “the court’s inherent jurisdiction to supervise, and if necessary to intervene in, the administration of trusts”. This is not to suggest that a court has some freewheeling unfettered discretion to do whatever seems fair when it comes to trusts.*”).

La “*supervisory jurisdiction*” sul trust attribuita al giudice si distingue nettamente dalla giurisdizione contenziosa proprio per il fatto di non avere ad oggetto l'accertamento dei diritti dei beneficiari ⁽²⁾ e per non presupporre l'esistenza di una violazione del trust (“*breach of trust*” ⁽³⁾), essendo piuttosto finalizzata a realizzare la sua corretta amministrazione.

L'intervento dell'autorità giudiziaria nell'amministrazione del trust, anche se discrezionale, è un elemento fondamentale del diritto dei trust ⁽⁴⁾, tanto che “*il disponente non può sottrarre il trust al potere di controllo e supervisione del Giudice*” ⁽⁵⁾.

L'attività dell'autorità giudiziaria, in questo ambito, è funzionalmente affine alla volontaria giurisdizione che il giudice italiano, ad esempio, si trova ad esercitare in presenza di tutori, curatori o amministratori di sostegno.

Ben più estesi sono, però, i poteri di cui dispone il giudice straniero nell'esercizio della “*supervisory jurisdiction*” sul trust. Egli, infatti, può adottare qualsiasi provvedimento diretto ad assicurarne la corretta amministrazione.

Si tratta, in sostanza, di un insieme di poteri che consentono al giudice di intervenire sotto molteplici profili. Tali poteri sono previsti, in generale, dall'art. 51 della Trusts (Jersey) Law 1984 e sono attribuiti

However, what is clear is that the court does have a power to supervise the administration of trusts, primarily to protect the interests of beneficiaries, which represents a clear and, for present purposes, significant distinction between trusts and contract”).

⁽²⁾ Macrae v. Walsh (1927) 27 SR (NSW) 290, 294 (“*The Court does not act [...] for the purpose of determining the legal rights of any person, whether living or unborn; all that it does is to authorize the distribution of funds within its actual or notional control*”).

⁽³⁾ D. CLARRY, *The Supervisory Jurisdiction over Trust*, Oxford, 2018.

⁽⁴⁾ Schmidt v Rosewood Trust Ltd [2003] 2 AC 709 (“*It is fundamental to the law of trusts that the court has jurisdiction to supervise and if appropriate intervene in the administration of a trust, including a discretionary trust*”); v. anche in *Re Wynn* [1952] Ch 271, 278-279; Corte per il Trust ed i Rapporti Fiduciari della Repubblica di San Marino, Ordinanza 9 febbraio 2023, <https://www.cortetrust.sm/on-line/home/decisioni/precedenti-giudiziali.html>

⁽⁵⁾ V. Bermuda, First Instance Court, 24 Aprile 2013, § 51 (“*the jurisdiction of the Court to supervise a trust [...] cannot be ousted by a trust settlor*”), confermata in appello, v. Court of Appeal of Bermuda, *In the matter of an Application for Information about a Trust* [2013] CA (BDA) 8 CIV e confermata dalla *Supreme Court* [2013] SC (BDA) 16 (Civ). Tale principio è riconosciuto anche nel diritto sammarinese, v. Corte per il Trust ed i Rapporti Fiduciari della Repubblica di San Marino, Ordinanza 9 febbraio 2023, *cit.*

esclusivamente alla “*Inferior Number of Royal Court*”, ai sensi dell’art. 1(1) di questa legge.

In particolare, l’art. 51(2) permette a questa corte di esercitare un generale potere di controllo e supervisione sul trust, adottando provvedimenti riguardanti l’esecuzione e l’amministrazione del trust, il trustee e l’esercizio dei suoi poteri o l’adempimento dei suoi obblighi; la sua remunerazione; la preparazione dei rendiconti e i pagamenti che questo deve compiere.

Il giudice può emettere, altresì, provvedimenti riguardanti un beneficiario e “*ogni persona che abbia una connessione con il trust*”, può nominare o revocare un “*enforcer*” nei trust di scopo, può dichiarare la validità e l’efficacia di un trust, nonché può emettere, modificare o rendere inefficace l’esercizio di un potere o di una dichiarazione di volontà e può anche emettere ogni altro provvedimento ritenuto opportuno.

Questo su istanza non solo del trustee, ma anche dei beneficiari e di qualunque interessato [Trusts (Jersey) Law 1984, art. 51 (3)].

La giurisprudenza di Jersey ha affermato in più occasioni, peraltro, che i poteri di controllo e supervisione previsti dall’art. 51 della Legge di Jersey possono essere esercitati anche nei confronti del guardiano, ma solo se costui possa essere ritenuto un fiduciario, ed i suoi poteri fiduciari e non personali ⁽⁶⁾.

La Royal Court, infatti, ha espressamente stabilito che:

“a protector is in the position of a fiduciary and the Court must have power to police the activities of any fiduciary in relation to a trust whether he be called a protector or indeed by any other name” ⁽⁷⁾.

Inoltre, sulla base dell’art. 51 della Trusts (Jersey) Law 1984, la Corte ha revocato un guardiano di un trust con beneficiari nonostante tale provvedimento non fosse espressamente tipizzato tra quelli enumerati nella disposizione di legge ⁽⁸⁾.

La circostanza che il guardiano e le sue attività siano poste sotto il controllo e la supervisione del giudice assicura che il guardiano rispetti

⁽⁶⁾ *The Bird Purpose Trust* [2008] JLR 1; *Mourant & Co Trustees Ltd v. Magnus & Ors* [2004] JRC 056; *Sociedad Financiera Sofimeca & Anor v Kleinwort Benson (Jersey) Trustees Ltd & Ors* [1992] JRC 125.

⁽⁷⁾ *Re The Freiburg Trust* [2004] JRC 056.

⁽⁸⁾ *Re the Freiburg Trust* [2004] JRC 056; *Re VR Family Trust-v-Van Rooyen* [2009] JRC 109; *In the matter of the A Trust* [2012] JRC 169A.

l'autonomia del trustee nell'amministrazione del trust. In particolare, l'intervento del giudice risulta determinante per assicurare l'indipendenza del trustee in presenza di un guardiano con poteri che potrebbero direttamente o indirettamente condizionare l'esercizio di quelli del trustee.

Ricorrendo al giudice il trustee può, dunque, liberarsi da ogni tentativo del guardiano di imporgli la propria volontà, perpetrato tramite l'esercizio dei poteri che l'atto istitutivo gli concede.

Il giudice può, infatti, emettere una serie di provvedimenti per tutelare l'autonomia del trustee.

Ad esempio, può rimuovere il guardiano che eserciti o minacci di esercitare i propri poteri, abusandone, per imporre al trustee la propria volontà (o, peggio, quella del disponente o dei beneficiari); può, inoltre, rendere inefficaci gli atti con cui il guardiano sostituisca il trustee che non si era piegato alle sue volontà; oppure, può autorizzare il trustee a procedere anche ove l'atto istitutivo richieda il consenso del guardiano e costui non lo conceda ⁽⁹⁾; o, infine, può sospendere i poteri del guardiano.

In questo modo, il giudice assicura la corretta amministrazione del trust e garantisce l'indipendenza e l'autonomia del trustee nell'esercizio dei propri poteri, reagendo a ogni eventuale tentativo del guardiano di impedirlo, abusando dei propri poteri ed al fine di imporre al trustee volontà del disponente o dei beneficiari.

3.2. I provvedimenti del giudice a tutela dell'autonomia del trustee: la rimozione del guardiano.

Nel diritto di Jersey, la Royal Court ha il potere di rimuovere il guardiano in caso di inadempimento dei suoi obblighi.

In realtà, questo potere del giudice è espressamente previsto dalla Trusts (Jersey) Law 1984 solamente con riferimento all'*enforcer* del trust di scopo.

Nello specifico, l'art. 14 (4) lettera *a*) della Trusts (Jersey) Law 1984 prevede che:

"An enforcer shall cease to be enforcer of the trust in relation to its non-charitable purposes immediately upon - a) the enforcer's removal from office by the Court".

Termine estratto capitolo

CAPITOLO IV

**IL GUARDIANO ED I PROBLEMI DI SIMULAZIONE,
NON RICONOSCIMENTO ED INTERPOSIZIONE FITIZIA
DEL TRUST NEL DIRITTO TRIBUTARIO**

SOMMARIO: 4.1. Il guardiano nella prassi dell'Amministrazione finanziaria: linee generali. — 4.2. Il “trust interposto” come categoria giuridica: profili generali. — 4.3. La categoria del trust interposto. — 4.4. Soggettività e interposizione fittizia: i differenti riferimenti normativi per il trust interposto. — 4.5. La ricerca del fondamento legislativo per il “trust interposto” nella prassi amministrativa. — 4.6. Il “trust interposto” alla ricerca di una identità: la mancata distinzione tra “trust non autonomo soggetto passivo di imposta” e “trust simulato”. — 4.7. Il “trust non autonomo soggetto passivo d'imposta”: gli stereotipi. — 4.8. *Segue:* le incoerenze tra i criteri impiegati ai fini del riconoscimento di soggettività passiva nei confronti di trust e di altri enti o organizzazioni. — 4.9. *Segue:* la (ir)riconoscibilità ai sensi della convenzione dell'Aja. — 4.10. Il “trust simulato” ed il “trust interposto”. — 4.11. Il “trust non autonomo soggetto passivo” ed il “trust simulato” nell'imposta sulle successioni e donazioni: riflessi e finzioni. — 4.12. Il guardiano ed il “trust interposto”: un percorso tra prassi e giurisprudenza. — 4.12.1. La prassi: la Risoluzione Ministeriale n. 8 del 17 gennaio 2003. — 4.12.2. La giurisprudenza: la sentenza Comm. Trib. Regionale Umbria, Perugia, Sez. I, Sent., 16 settembre 2010, n. 69. — 4.12.3. La giurisprudenza: la Comm. Trib. Prov. Campania, Napoli, Sez. XXIII, Sent., 22 novembre 2021, n. 10156. — 4.12.4. La giurisprudenza: la sentenza della Comm. Trib. Regionale Lazio Roma, Sez. VI, Sent., 28 novembre 2021, n. 4321. — 4.12.5. La prassi: la Risposta ad istanza di interpello n. 796 del 1° dicembre 2021. — 4.12.6. La prassi: la Risposta ad istanza di interpello n. 267 del 27 marzo 2023.

4.1. Il guardiano nella prassi dell'Amministrazione finanziaria: linee generali.

Nell'esperienza italiana, l'assunzione di un'idea di guardiano amorfa ed il mancato riferimento ad una precisa fattispecie, così come ad una disciplina riferita alla specifica legge regolatrice del trust, hanno

determinato evidenti e ripetuti fenomeni di precomprensione ⁽¹⁾ da parte dell'Amministrazione finanziaria.

Tali fenomeni, in realtà, corrispondono a veri e propri errori di diritto riguardo alla specifica legge regolatrice del trust e, a loro volta, implicano una errata applicazione delle norme tributarie italiane nel caso di trust interni retti dal diritto di Jersey nei quali sia prevista la figura del guardiano.

In assenza di un preciso quadro normativo di riferimento, l'Amministrazione finanziaria è sostanzialmente giunta a ritenere che tutti i poteri attribuiti al guardiano, eccedenti il mero controllo (contabile o legale) del trustee, privino quest'ultimo di autonomia e di discrezionalità e permettano al guardiano, conseguentemente, di indirizzarne le azioni del trustee, legittimando — altresì — la presunzione secondo cui, in questi casi, il guardiano possa rappresentare un mero mandatario del disponente o dei beneficiari, un loro strumento per l'eterodirezione del trust.

Alcuni di questi preconcetti derivano, a dire il vero, anche da generiche ed incidentali prese di posizione dell'OCSE ⁽²⁾, alquanto risalenti nel tempo ed assunte agli albori della figura di guardiano nei trust internazionali, amministrati da trustee situati in Paesi off-shore.

Come meglio si vedrà, la figura del guardiano nei trust interni ha funzione e caratteristiche ben diverse rispetto a quelle assunte nei trust internazionali. Tuttavia, questa precomprensione ha condizionato (e condiziona tuttora) il trattamento da parte dell'Amministrazione finanziaria di trust nei quali è previsto un ufficio di guardiano con poteri eccedenti il mero controllo (contabile o legale) dell'attività di trustee.

Infatti, in assenza di disposizioni di legge in materia, la presenza del guardiano è stata utilizzata dall'Amministrazione finanziaria per argomentare (nei documenti di prassi e in sede di accertamento) che i poteri

⁽¹⁾ Il classico in tema di precomprensione è J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Napoli, 2010.

⁽²⁾ Come desumibile da alcune risoluzioni dell'Amministrazione finanziaria (da ultimo Agenzia delle Entrate, Risposta ad interpellato n. 258 del 16 dicembre 2024 e in precedenza anche Risposta n. 398 del 10 giugno 2021), l'origine dell'equazione per cui "il potere di revoca del trustee equivale ad un potere di ricatto nei suoi confronti" sembrerebbe risalire alle affermazioni formulate in sede OCSE laddove viene affermato che "[...] trusts may be used to perpetrate fraud. For example [...] while the protector may not force the trustee to effectuate a distribution to a particular beneficiary, it may replace the trustee for any reason and at any time", in *Report on the misuse of corporate vehicles for illicit purposes*, 26-27 aprile 2001, p. 26.

attribuiti al guardiano — eccedenti il mero controllo contabile o legale — priverebbero il trustee dell'autonomia e della discrezionalità necessarie per considerare il trust soggetto passivo d'imposta, riconducendo — invece — il trust in questione ai fenomeni di interposizione (fittizia).

Per dedurre (o meglio, presumere) ciò, in un caso è stato invocato il fatto che, ai sensi dell'atto istitutivo:

- costui potesse “*esprimere la propria opinione su qualsiasi attività del Trust, anche se non sia richiesto dal Trustee*” (3);
- vi fossero poteri del trustee sottoposti al consenso del guardiano e che tali poteri non potessero essere esercitati in caso di vacanza dall'ufficio di quest'ultimo;
- il trustee fornisse al guardiano un rendiconto mensile, oltre che il rendiconto completo annuale che solitamente viene trasmesso;
- il guardiano fosse “*il consulente di fiducia della famiglia*” (4);
- il guardiano fosse un soggetto nominato da parte dei beneficiari a maggioranza e che questi ultimi avessero anche il potere di revoca della nomina a maggioranza e ne determinassero il compenso;
- il guardiano potesse revocare anche senza giusta causa il trustee (5).

In un altro caso, con il successivo conforto della giurisprudenza di merito (6), l'Amministrazione finanziaria ha altresì ritenuto (o meglio presunto) che il guardiano rappresentasse uno strumento in mano ai beneficiari capace di eliminare l'autonomia del trustee e, questo, sulla base dal fatto che l'atto istitutivo gli concedeva:

- a) il potere di veto all'estinzione anticipata del trust;
- b) il potere di nominare il trustee;
- c) il potere di interloquire con il trustee per suggerire la sostituzione dei consulenti finanziari.

Inoltre, l'Amministrazione finanziaria ha invocato il fatto che i poteri di nomina e revoca del guardiano fossero attribuiti ad un beneficiario, ritenendo che egli, per questo motivo, sarebbe soggetto al potere di direzione da parte del beneficiario stesso. Tutto questo in assenza di elementi di fatto che concretamente potessero essere idonei

(3) Agenzia delle Entrate, Risposta a interpello n. 796 del 1° dicembre 2021, p. 13.

(4) *Ibidem*.

(5) *Ibidem*.

(6) Sul punto Comm. Trib. Prov. Campania Napoli, Sez. XXIII, sentenza del 22 settembre 2021, n. 10156 e Corte Giustizia Tributaria II grado Campania, sentenza del 6 luglio 2023, n. 4224.

a dimostrare un effettivo esercizio di tali prerogative al fine di piegare l'azione del trustee alle volontà del disponente o del beneficiario.

Più di recente (7), l'Amministrazione finanziaria ha considerato capace di elidere l'autonomia del trustee la circostanza per cui l'atto istitutivo preveda che quest'ultimo debba ottenere il consenso del guardiano prima di esercitare i propri poteri nei seguenti casi:

- modifica dei beneficiari;
- valutazione della richiesta della liquidazione della quota da parte dei beneficiari;
- modifica o integrazione dell'atto istitutivo;
- sostituzione della legge regolatrice;
- trasferimento e costituzione di diritti reali su beni immobili e beni mobili registrati;
- trasferimento di partecipazioni in società possedute in quote non inferiori al 20% del capitale;
- proposta di nomina degli amministratori all'assemblea delle società controllate;
- scelta dei soggetti a cui affidare la gestione di denaro, titoli o altri strumenti finanziari.

Il guardiano doveva, inoltre, essere “sentito” dal trustee in merito a quanta parte di reddito del trust accumulare e/o distribuire ai beneficiari e riguardo alla distribuzione finale dei beni in trust.

Il trustee poteva essere nominato e revocato, in qualsiasi momento e senza giusta causa, dal guardiano e, costui, poteva esserlo dal disponente e dai beneficiari.

Anche in questo caso, l'Amministrazione finanziaria ha ritenuto che i poteri del guardiano inibissero l'autonomo esercizio dei poteri del trustee e che costui fosse sostanzialmente uno strumento attraverso il quale il disponente e i beneficiari sarebbero stati in grado di eterodirigere il trustee.

L'Amministrazione finanziaria ha dunque concluso che *“le previsioni contenute nello Statuto del trust continuano ad evidenziare una importante limitazione dell'effettiva autonomia del trustee, dal momento che il suo potere gestorio è sostanzialmente e in definitiva subordinato alla volontà del Disponente, tramite la figura del Guardiano”* (8).

Da questa breve analisi emerge, evidente, il fatto che sia stata proprio la presenza in capo al guardiano di poteri eccedenti il semplice

CAPITOLO V

CONCLUSIONI

SOMMARIO: 5.1. I rapporti tra guardiano e trustee: interazione ma completa autonomia ed indipendenza di ciascuno. — 5.2. Divergenze tra il genotipo di guardiano diffuso nell'esperienza italiana ed i fenotipi di San Marino e Jersey. — 5.3. Il Guardiano ed il superamento della categoria del trust interposto. — 5.4. Una nuova struttura degli atti istitutivi: le clausole sul guardiano.

5.1. I rapporti tra guardiano e trustee: interazione ma completa autonomia ed indipendenza di ciascuno.

Il trust è costituito da un fascio di “*rapporti giuridici*” ⁽¹⁾.

Normalmente, si ritiene che tali rapporti si irradiano dal trustee verso i beneficiari.

La presenza di un guardiano, tuttavia, muta questo quadro.

I diritti di informazione del guardiano (e corrispondenti obblighi del trustee), i reciproci obblighi di cooperazione tra trustee e guardiano, i poteri del guardiano a cui il trustee può essere soggetto rappresentano tutte situazioni soggettive, attive e passive, che legano questi due soggetti e rendono quelli nascenti dal trust un fascio di rapporti giuridici complesso e che coinvolge una pluralità di parti.

Il legislatore di San Marino ha chiaramente identificato il guardiano come titolare di un ufficio di diritto privato e lo ha disciplinato sempre come tale.

La giurisprudenza di Jersey, gradatamente ma faticosamente, ha costruito una disciplina del guardiano che, però, è basata sull'interpretazione dell'atto istitutivo. Solo ove quest'operazione permetta di qualificare il guardiano ed i suoi poteri in chiave fiduciaria, si può dire che il diritto di Jersey lo configura alla stessa stregua del titolare di un ufficio facente parte dell'organizzazione del trust. Si può constatare,

⁽¹⁾ Art. 2 della Convenzione dell'Aja; Corte per il Trust ed i Rapporti Fiduciari della Repubblica di San Marino, Ordinanza del 9 febbraio 2023.

così, che la giurisprudenza di Jersey è conforme alla chiara e precisa scelta compiuta dal legislatore sammarinese che, attorno a questa idea, ha configurato una completa disciplina.

A tale proposito, la giurisprudenza di Jersey ha espressamente riconosciuto la possibilità che l'atto istitutivo preveda queste posizioni, stabilendo altresì che, in assenza di una diversa disposizione, il guardiano abbia obblighi nascenti dalla legge che gli vietano di impiegare le prerogative legate a tali rapporti per immettersi, indirettamente, nell'amministrazione del trust o imporre al trustee la propria volontà (o, peggio, quella di disponente o dei beneficiari).

La giurisprudenza di Jersey ritiene assolutamente possibile e naturale che chiunque possa ricoprire il ruolo di guardiano, quindi sia il disponente che i suoi consulenti o persone a lui legate da rapporti personali.

D'altra parte, è ritenuto fisiologico dalla giurisprudenza che a rivestire l'ufficio di guardiano sia una persona vicino alla famiglia del disponente e non un estraneo, come invece sembra pretendere l'Amministrazione finanziaria italiana.

Non è detto, però, che con riferimento al disponente questa configurazione muti nel prossimo futuro in ragione degli orientamenti della giurisprudenza inglese e del Privy Council. Quest'ultime sembrano inclini a ritenere che il disponente che concentri su di sé anche il ruolo di guardiano (e, nei casi ad oggi decisi, anche beneficiario) abbia poteri personali (dunque libero di esercitarli a proprio vantaggio) non sia equiparabile al titolare di un ufficio di diritto privato.

Ove riconducibile alla figura di titolare di un ufficio di diritto privato, il guardiano è evidentemente preposto a tutelare gli interessi dei beneficiari e ad assicurare la corretta amministrazione del trust.

Il potere di controllo e supervisione del giudice, nell'ambito della *supervisory jurisdiction* sul trust, è, poi, finalizzato proprio ad assicurare la corretta amministrazione del trust. Il trustee, quindi, è sempre legittimato a ricorrere al giudice per assicurarla e, per questo, è legittimato anche a ricorrervi per ottenere i provvedimenti del caso, volti ad impedire che il guardiano abusi dei suoi poteri per imporre la propria volontà (o, peggio, quella del disponente o dei beneficiari) in merito alla gestione dei beni in trust.

Non si può dire che la giurisprudenza della Royal Court abbia ancora compiutamente riconosciuto, in modo espresso ed istituzionalizzato, un vero rapporto giuridico tra trustee e guardiano, composto da diverse e reciproche posizioni soggettive attive e passive, anche se ha

riconosciuto la legittimazione del trustee ad invocare l'intervento del giudice a tutela della propria autonomia ed indipendenza.

Tuttavia, non si può escludere che gradualmente questo avvenga o, meglio, sia già implicito in molte decisioni, benché non ancora espressamente dichiarato.

La ricostruzione sistematica compiuta in questo libro lo prefigura.

L'esistenza di questo rapporto rappresenta un'ulteriore conferma, effettiva, del fatto che l'introduzione del guardiano comporta, quando questo possa essere ritenuto titolare di un ufficio di diritto privato, una radicale trasformazione della struttura dei rapporti di trust. Si impone, così, l'abbandono della visione tradizionale di questi rapporti, che presuppone il loro irraggiamento dal trustee, posto in posizione apicale e isolata, verso i beneficiari.

La presenza del guardiano, quindi, cambia strutturalmente i rapporti di trust, non solo aggiungendo fasci di rapporti giuridici tra guardiano e beneficiari, ma anche tra il trustee e il guardiano stesso.

Questa è la prima suggestione, rilevante sia a livello teorico che pratico, che l'approfondimento di specifiche leggi regolatrici sul punto permette di avanzare.

Tale approfondimento ha permesso, altresì, di evidenziare che la figura del guardiano, con la sua disciplina, divergono sensibilmente rispetto alla raffigurazione super-astratta, oggi diffusa in Italia, e che sta alla base della precomprensione che condiziona anche l'Amministrazione finanziaria.

Il fenotipo del guardiano che è stato sviluppato dal legislatore sammarinese, o sviluppato dalla giurisprudenza di Jersey, è, infatti, assai lontano dal genotipo che si è cristallizzato nell'esperienza italiana.

A differenza di quanto ritenuto in Italia a livello di genotipo, in queste esperienze il ruolo del guardiano non è confinato a quello di semplice controllore dell'operato del trustee.

Egli, in fondo, è un ulteriore soggetto obbligato ad agire con buona fede e diligenza per assicurare la corretta amministrazione del trust. È nominato per affiancarsi, quale contraddittore, al trustee. Deve compiere valutazioni proprie, esercitare in modo autonomo i propri poteri per assicurare una corretta amministrazione del trust, stimolare il trustee a compiere valutazioni e decisioni più complete e consapevoli; tra i due uffici — insomma — si instaura un contraddittorio.

Il guardiano che possa dirsi titolare di un ufficio di diritto privato è chiamato, poi, ad introdurre elementi di personalizzazione in quei rapporti giuridici in cui il trustee è una società che, in ragione dell'ope-

rare per il tramite di funzionari e dipendenti, normalmente agisce in modo impersonale ed è priva di quegli elementi cognitivi di natura personale, necessari per leggere il contesto familiare, oppure di natura tecnica che permettano una perfetta comprensione dei problemi relativi ai beni in trust (2).

Il guardiano ha la funzione di contribuire a rendere concreta la volontà espressa dal disponente nell'atto istitutivo ed è, pertanto, tenuto a svolgere questa funzione, interagendo col trustee nell'esercizio dei poteri che l'atto istitutivo gli concede. In questo modo si assicura che il trustee, nell'esercizio del proprio potere/dovere di amministrare i beni in trust, prenda in considerazione tutte le informazioni e gli elementi rilevanti per compiere le valutazioni che gli competono, così come — per altro — gli richiede la legge regolatrice.

In questo modo, il guardiano contribuisce ad assicurare che le valutazioni del trustee siano consapevoli, razionali e ragionevoli, frutto del confronto con un terzo capace di esprimere — nelle situazioni in cui è chiamato ad esercitare i propri poteri — una propria valutazione. E questa valutazione sarà frutto di una diversa prospettiva proprio perché si tratta di un soggetto dotato di un bagaglio informativo e cognitivo pieno di elementi personali e tecnici di cui il trustee potrebbe essere carente, un bagaglio, pertanto, utile al trustee per assumere decisioni più informate e ragionevoli.

La previsione di scambi di informazioni e di consultazioni tra trustee e guardiano, così come la previsione di pareri o consensi alle iniziative del trustee, si inseriscono in modo naturale nella dialettica tra i due uffici e assicurano che tale contraddittorio incrementi il flusso informativo a disposizione del trustee.

L'attribuzione al guardiano del potere di prestare il consenso (o veto) e la previsione di obblighi in capo al trustee di consultazione e di informazione del guardiano rappresentano strumenti per assicurare il confronto tra loro e, soprattutto, che il trustee agisca solo dopo aver preso in considerazione anche il punto di vista del guardiano (o, viceversa, che il guardiano sia messo in condizione di esprimere le

(2) Ci si chieda, ad esempio, come — in assenza di confronto con il guardiano — un funzionario dipendente di un trustee professionale (che, tra l'altro, può mutare nel tempo le proprie mansioni) possa interpretare, in totale autonomia e senza supporto alcuno, le esigenze, il carattere, e le aspettative di un giovane beneficiario del trust in procinto di fare il suo ingresso nell'adulto mondo, o come possa valutare le esigenze di una impresa di famiglia che si affida al trustee per la gestione dell'azienda, o gli effetti dell'apporto di beni dalla

CAPITOLO VI

LE NUOVE CLAUSOLE SUL GUARDIANO

La necessità di condensare tutte le clausole sul guardiano in una parte dell'atto istitutivo è già stata autorevolmente sostenuta ⁽¹⁾.

Qui si propone di incrementare il numero di clausole in materia di guardiano ed implementare una serie di regole specifiche che definiscano, inequivocabilmente, una disciplina del guardiano in chiave di ufficio di diritto privato, ispirandosi alla completa disciplina legislativa sammarinese ed integrandola con regole di dettaglio derivanti dall'esperienza giurisprudenziale di Jersey.

In questo modo, l'atto istitutivo di trust conterrà un serie di regole che disciplinino in maniera analitica gli obblighi e i poteri del guardiano oltre che i suoi rapporti col trustee e il giudice.

L'atto istitutivo tenderà, così, ad essere il più possibile "autosufficiente" nel disciplinare la figura del guardiano e il ricorso alla legge regolatrice del trust. Sarà necessario, dunque, solo per verificare la validità delle disposizioni ivi inserite ove la legge regolatrice contenga dei limiti all'autonomia privata legati alla configurazione della figura di guardiano.

Visto che la legge di Jersey è carente di una disciplina sul guardiano, la quale è stata poi ricostruita (solo) in forza delle decisioni della giurisprudenza — mentre in diritto sammarinese essa è stata espressamente e chiaramente disciplinata dal legislatore come ufficio di diritto privato — le clausole che qui si presentano risultano particolarmente utili per i trust retti dal diritto di Jersey, poiché permettono di delineare facilmente un quadro che, al contrario, sarebbe difficilmente ricostruibile solo dopo l'analisi di una congerie di precedenti giurisprudenziali.

Nulla osta a che queste clausole — con gli opportuni adattamenti — siano impiegate anche nei trust retti dal diritto sammarinese (anche se non necessario stante la sua univocità) oppure da altre leggi regolatrici.

⁽¹⁾ V. già M. LUPOI, *L'atto istitutivo di trust*, Milano, 2017.

In primo luogo, si consiglia di prevedere espressamente che il potere di nomina e revoca del guardiano sia esercitato solo al fine di assicurare una corretta amministrazione del trust e che sia invalido il suo esercizio al solo fine di influenzare le valutazioni, decisioni ed azioni del guardiano.

Ciò, tra l'altro, evita, da un lato, di legare la revocabilità al concetto di giusta causa — peraltro, non caratteristico del diritto dei trust — e, dall'altro, impedisce che la revoca possa essere compiuta al fine di rimuovere un guardiano “disubbidiente” agli “ordini” di disponente o beneficiari.

Si deve ricordare che la revoca dovrebbe poter avvenire anche per soli motivi di opportunità o disfunzionalità, senza dover necessariamente attendere la violazione degli obblighi del guardiano. Tuttavia, deve sempre avvenire con lo scopo di assicurare una corretta amministrazione del trust.

1. Il Guardiano

1.1. *Il Guardiano è [...] [che accetta l'incarico con la sottoscrizione del presente atto].*

2. La nomina e la revoca

2.1. *Il Guardiano è nominato e revocato da [indicazione di soggetti in successione nel caso in cui alcuno non voglia o non possa procedere alla nomina] [...].*

2.2. *Il titolare del potere di nomina del Guardiano può nominare uno o più soggetti che ricoprono l'ufficio contemporaneamente o in successione tra loro.*

2.3. *La nomina è fatta per atto tra vivi [con sottoscrizione autenticata, (revocabile o irrevocabile) e] comunicata al Trustee o per testamento e può essere soggetta a termine o condizione.*

2.4. **Il potere di nomina e revoca del Guardiano è fiduciario, è esercitato al solo al fine di assicurare una corretta amministrazione del trust ed è invalido l'esercizio di tale potere al solo fine di impedire un'azione indipendente del Guardiano, finalizzata alla corretta amministrazione del trust.**

2.5. *La nomina di un soggetto a rivestire l'Ufficio di Guardiano è obbligatoria [, oltre che nei casi previsti dalla legge,] quando [...].*

2.6. **In caso di Inerzia, alla nomina del Guardiano provvede [la Royal Court di Jersey ai sensi dell'art. 51 della Trusts (Jersey) Law 1984 oppure la Corte per il Trust ed i Rapporti Fiduciari della Repubblica di San Marino ai sensi dell'art. 53 della Legge sul Trust] (qui di seguito “Autorità Giudiziaria”), su istanza di qualsiasi interessato.**

Normalmente, gli atti istitutivi non espongono una disciplina unitaria dei poteri del guardiano, collocata in una parte apposita del regolamento di trust, ma, di volta in volta e in modo sparso, prevedono,

ad esempio, i consensi che questi è chiamato a prestare o i pareri a lui richiesti, nell'ambito della disciplina dei poteri del trustee o della regolamentazione delle prerogative dei beneficiari.

Si ritiene opportuno, pertanto, dedicare al guardiano una disposizione generale di inquadramento ⁽²⁾.

Al guardiano possono essere conferiti estesi poteri al fine di assicurare un'interazione con il trustee tutte le volte in cui si ritenga necessario realizzare un contraddittorio al fine di assicurare che le decisioni assunte siano il più possibile informate.

Si suggerisce, inoltre, di configurare espressamente il guardiano ed i suoi poteri in chiave fiduciaria, soprattutto ove il trust sia retto dal diritto di Jersey. Questo perché, altrimenti, i suoi poteri potrebbero essere qualificati come personali dal giudice ed egli sarebbe svincolato da qualunque obbligo nel loro esercizio, stante la possibile ambivalenza del ruolo del guardiano in questo ordinamento. Nel caso in cui, in un trust retto dal diritto di Jersey, tutti i poteri del guardiano fossero ritenuti personali, sarebbe impossibile ricondurre il guardiano ad un titolare di un ufficio di diritto privato, come invece il diritto sammarinense sempre fa.

Questo non è però sufficiente: infatti, è necessario, inoltre, rafforzare la qualificazione di fiduciarità con un'espressa menzione degli obblighi a cui è vincolato il guardiano, questo soprattutto nei trust retti dal diritto di Jersey in quanto la qualificazione in questo senso da parte del giudice richiede un'interpretazione dell'intero atto istitutivo e, in alcune sentenze, non è stata ritenuta sufficiente l'espressa menzione della fiduciarità dei poteri attribuiti al guardiano in presenza di altre disposizioni che sembravano fornire supporto per una diversa interpretazione della volontà del disponente.

L'esclusione della fiduciarità dei poteri del guardiano può produrre effetti diversi, a seconda che il trust sia retto dal diritto sammarinense o dal diritto di Jersey. In Jersey, si esclude che l'esercizio di questi poteri possa essere condizionato da obblighi di qualunque natura. In San Marino, si permette al guardiano semplicemente di esercitare i propri poteri anche se con tale esercizio promuove interessi che gli sono propri, ma non si esclude che, in ciò, egli sia comunque tenuto ad agire con diligenza e buona fede per assicurare la corretta amministrazione del trust.

(2) M. LUPOI, *op. ult. cit.*, p. 276.

Peraltro, la dottrina suggerisce che, ove il guardiano sia il disponente, si dovrebbe prevedere che egli sia titolare di poteri personali ⁽³⁾.

L'impostazione di questo libro sconsiglia tale ambivalenza, anche quando l'ufficio di guardiano viene ricoperto dal disponente, suggerendo di escludere sempre che il guardiano possa avere poteri personali e che possa essere liberato da ogni obbligo nel loro esercizio.

Il guardiano deve essere inequivocabilmente configurato come un titolare di un ufficio di diritto privato ed i suoi poteri in chiave fiduciaria.

È opportuno chiarire, con diverse disposizioni, che egli non può impiegare i propri poteri per inibire al trustee l'autonomo esercizio dei suoi poteri e che, comunque, egli è tenuto ad esercitare i propri poteri in buona fede e con diligenza, assicurando la corretta amministrazione del trust.

Si suggerisce, infine, di prevedere l'inefficacia degli atti compiuti sulla base di poteri esercitati in violazione degli obblighi volti ad assicurare la corretta amministrazione del trust, prevedendo — inoltre — che i beneficiari ed il trustee possano ricorrere, ad un giudice dotato di poteri di controllo e supervisione del trust secondo il proprio diritto interno, per assicurare che il guardiano sia effettivamente regolato come un soggetto titolare di un ufficio di diritto privato. Ad esempio, hanno tali poteri la Royal Court di Jersey ai sensi dell'art. 51 della Trusts (Jersey) Law 1984 oppure la Corte per il Trust ed i Rapporti Fiduciari della Repubblica di San Marino ai sensi dell'art. 53 della Legge sul Trust. Tali Corti possono esercitare i poteri di controllo e supervisione anche quando il trust è retto da un diritto straniero.

3. I poteri del Guardiano

3.1. Il Guardiano:

a) può esprimere la propria opinione su qualsiasi attività del Trust, anche se non ne sia richiesto dal Trustee;

b) può nominare e revocare il Trustee ai sensi del [...] [questa clausola può rinviare alle norme specifiche dell'atto istitutivo sulla nomina e revoca del Trustee];

c) può esprimere il proprio consenso o veto in relazione alle seguenti operazioni che il Trustee intenda compiere [...];

d) può agire in giudizio per l'esecuzione del Trust e in caso di inadempimento degli obblighi del Trustee;

e) può modificare l'Atto Istitutivo, al fine di attuare gli scopi per cui il Trust è istituito e realizzare gli interessi dei Beneficiari per la cui tutela il

Termine estratto capitolo

APPENDICE

[2004]JRC056

ROYAL COURT

(Samedi Division)

22nd March, 2004

Before	Sir Philip Bailhache, Bailiff, and Jurats Bullen and Allo	
	In the matter of the Freiburg Trust	
Between	Mourant & Co Trustees Limited	Trustees
And	A	First Respondent
And	B	Second Respondent
And	C	Third Respondent
And	Advocate Mark Philip Renouf appointed to represent the interests of D and all infant, unborn and unascertained beneficiaries	Fourth Respondent

**Representation by Trustees, for directions as to whether the Protector of the Trust may be removed and not replaced.
Advocate J. P. Speck for the Representor.
Advocate M. Renouf, the Fourth Respondent.**

JUDGMENT

THE BAILIFF:

1. This is a representation by Mourant and Co. Trustees Limited (to whom we shall refer as the 'Trustee') in its capacity as the Trustee of the F Trust. The Trust was established in 1995 by A and B as custodians of their son C. C has at all material times been registered in Belgium as severely disabled.
2. The Trust is discretionary in nature. There is a Protector of the Trust who is E. The written consent of the Protector is required for the exercise by the Trustee of certain of its powers including the power to make appointments of capital and income to any of the beneficiaries. The requirement for the consent of the Protector is described in the Trust Instrument as the

“prescribed consent”. *“Prescribed consent” is defined at clause A2.01.01 of the trust instrument as:*

“The consent in writing of the Protector and any provision relating to a requirement for the prescribed consent shall apply only while there is in existence and capable of acting, some person having the power to give the prescribed consent.”

3. Part D of the Trust Instrument provides for the appointment and removal of the Protector by the Trustee. The power is, however, limited in its extent. Clause D1.07 provides.

“The office of Protector shall be determined and vacated if a Protector shall be found by the Trustees to be a lunatic or of unsound mind or if he shall become subject to any proceedings under any bankruptcy or insolvency laws applicable to him.”

4. Unfortunately the Protector of this Settlement, E, has committed serious criminal offences. The Trustee has placed before the Court evidence that E has been convicted of fraud in Belgium and sentenced to a term of imprisonment. His fraudulent activities included the misappropriation of monies from the F Trust, although fortunately those monies have been recovered. E has now disappeared and cannot be found. It is not possible for him to be invited to resign from the office of Protector.

5. The question therefore arises as to whether the Court has jurisdiction to remove a protector from office absent any provision to that effect in the trust deed. The Trusts (Jersey) Law 1984 as amended confers no such express power upon the Court, although there is provision at Article 15 for the removal of a trustee. The Court has, however, long asserted a power to remove trustees for cause. For example in *Baudains -v- Du Heaume* (1886) 211 Ex 379 the court removed from office a trustee who was in prison. We have no doubt that this Court has an inherent jurisdiction to remove a protector of a trust from office for due cause.

6. A protector is in the position of a fiduciary and the Court must have power to police the activities of any fiduciary in relation to a trust whether he be called a protector or indeed by any other name. Such a jurisdiction is a necessary incident of the duties to protect the interests of beneficiaries, especially minor and unascertained beneficiaries, and to ensure that the wishes of the Settlor are respected as far as may be possible and appropriate. As Lord Morris stated in *Connolly -v- DPP* (1964) AC1254:

“There can be no doubt that a court which is endowed with a particular jurisdiction has powers which are necessary to enable it to act effectively within such jurisdiction. I would regard them as powers which are inherent in its jurisdiction. A court must enjoy such powers in order to enforce its rules of practice and to suppress any abuses of its process and defeat any attempted courting of its process.”

7. It would be quite unconscionable and unthinkable that this Court should have no jurisdiction to remove a Protector who was thwarting the execution of a trust or who was otherwise unfit to exercise the functions entrusted to him

by the Trust Instrument. Is this a proper case to exercise the inherent jurisdiction that we have asserted? E is the antithesis of a Protector. Far from protecting the Trust, he has actually defrauded it and misappropriated part of the Trust fund. The only surviving adult beneficiaries are supportive of the removal of the Protector. Mr. Renouf, who appeared for the unascertained and unborn beneficiaries, also confirmed that, in his view, the removal of the Protector was in the interests of the Trust.

8. We can think of few clearer cases calling for the exercise of the Court's jurisdiction. We accordingly remove E from the office of Protector of the Freiburg Trust with immediate effect.

9. Counsel for the Trustee has informed us that the Settlers have expressed the wish that another Protector be not appointed, and that the Trustee be empowered to execute the terms of the Trust without being fettered by the requirement to obtain the consent of another party. We have referred to the definition of "prescribed consent" in Clause A2.01.01 of the Trust Instrument. It is plain and we declare that the Trustee shall henceforth have the power and authority to execute the terms of the Trust without requiring the consent of any other person in relation to the exercise of its powers.

10. We order that the costs of the representation, both of the Trustee and of Counsel for the unborn and unascertained beneficiaries, be paid out of the Trust fund.

Authorities

Trusts (Jersey) Law 1984.

Baudains -v- Du Heaume (1886) 211 Ex 379.

Connolly -v- DPP (1964) AC 1254.

Il guardiano è una figura “nuova” per il trust, in quanto è apparsa nella prassi negoziale solo negli ultimi decenni.

Poche leggi regolatrici lo disciplinano compiutamente e la sua regolamentazione, in molte esperienze giuridiche, è rimessa ad interventi episodici della giurisprudenza. A livello internazionale, non esistono ricostruzioni dedicate a singoli ordinamenti ed orientate ad offrirne una lettura sistematica. A livello italiano, manca un inquadramento di tale figura alla luce delle categorie civilistiche. Ciò ha portato a una non corretta comprensione di questa figura, anche sul piano tributario, tanto che essa è stata impiegata per invocare l'interposizione fittizia del trust, sulla base di una libera interpretazione priva di riferimenti alla legge regolatrice e, a volte, alla stessa legge tributaria italiana.

Questo libro si propone di inquadrare il guardiano alla luce delle categorie del diritto civile italiano, comparando la legge di San Marino e quella di Jersey.

La prima, caratterizzata da una disciplina completa e sistematica di stampo civilistico che individua nel guardiano, sempre e comunque, un titolare di un ufficio di diritto privato. La seconda, caratterizzata dall'assenza di norme di legge e da un diritto giurisprudenziale frammentario, e non univoco, che apre ad una lettura bifronte del ruolo del guardiano.

Viene riletta, dunque, la storia e la figura del “trust interposto”, priva di preciso fondamento normativo, proponendone la sostituzione con quella del *trust senza soggettività tributaria* (art. 73 T.U.I.R.) e con quella del trust simulato ed interposto (art. 1414 c.c.; art. 37 D.Lgs. 29 settembre 1973, n. 600), dimostrando l'irrelevanza dei poteri del guardiano per entrambe ove ricondotto ad ufficio di diritto privato.

Completano l'opera una raccolta di nuove clausole, coerenti con la rilettura proposta, e il testo integrale dei precedenti giurisprudenziali.

ANDREA VICARI

È avvocato in Milano e Presidente della Corte per il Trust e i Rapporti Fiduciari della Repubblica di San Marino.

È dottore di ricerca e Doctor of Juridical Science (Cornell University). Ha conseguito un master in diritto internazionale tributario (Harvard University).

€ 63,00

024221635

ISBN 978-88-28-85988-8



9 788828 859888