

SAGGI

Profili di possibile rilevanza penale del trust di Astolfo Di Amato	497
Osservazioni in tema di limiti penali agli atti di disposizione patrimoniale di Gian Paolo del Sasso	500
Perpetuities and Trust Law Reform in the United States – Part I di Joshua C. Tate	504
Trust Classification Times Four – Part II di Robert C. Lawrence, III - Dina Kapur Sanna	513
Panorama di giurisprudenza recente sui trust di Mark Bridges	523
Il <i>beneficial owner</i> del trust nei trattati internazionali in materia tributaria di Gabriele Paladini	534
Compatibilità del trust con il sistema italiano di Francesco Scaglione	544
La segregazione patrimoniale del trust con particolare riguardo alle operazioni di cartolarizzazione di Mirca Sacchi	548
Raccomandazioni orali da parte del disponente e requisiti di forma per il trasferimento di diritti equitativi: un precedente di Hong Kong di Paolo Panico	558
Trust interno e pubblicità tavolare di Lorenzo Pellegrini	565

GIURISPRUDENZA

Tutela penale dei creditori del disponente Italia, Corte di Cassazione, VI Sezione Penale, sentenza 18 dicembre 2004, V. G., E. B., D. B., D. F. e B. B.	574
Validità del trust interno in quanto negozio atipico Italia, Tribunale di Velletri, Sez. I civile, ordinanza 29 giugno 2005, A. F. c. A. e A. C. S.	577
Omologato l'accordo di separazione consensuale dei coniugi che include l'istituzione di un trust Italia, Tribunale di Milano, decreto 8 marzo 2005, B. e M.	585
Annulabilità dell'atto compiuto dal trustee che ignorava le conseguenze fiscali della sua azione Inghilterra e Galles, High Court of Justice (Chancery Division), sentenza 25 febbraio 2005, Burrell and another v Burrell and others	588

S o m m a r i o

Eliminazione dal «deed» di clausola fiscalmente svantaggiosa
 Inghilterra e Galles, High Court of Justice (Chancery Division), sentenza 11 marzo 2004,
 Kenneth Leslie Farmer v Carol Jean Sloan 595

Revoca del trust e mancata indicazione nell'atto del relativo potere
 Hong Kong, High Court of the Hong Kong Special Administrative Region – Court of First
 Instance, sentenza 4 marzo 2005, Eric Edward Hotung v Ho Yuen Ki and Others 599

Giurisprudenza storica

Fiducia segreta e dichiarazione del fiduciario
 Regno di Sardegna, Senato di Nizza, sentenza 24 novembre 1790, Giuseppe Onorato Maria Ugo
 c. Vassallo di Castelnuovo Avvocato Giuseppe Sostituito Avvocato de' Poveri,
 Francesco Antonio Ufficiale al servizio di Francia, Francesco Zaverio Saisi 610

LEGISLAZIONE

Malta. Trusts and Trustees Act – II parte 617

Svizzera. Proposta di decreto federale che approva la Convenzione de L'Aja – II Parte 629

PRASSI NEGOZIALE

I beneficiari con posizioni stabili
 di Maurizio Lupoi 637

Trust nei patti di separazione coniugale
 di Mariagrazia Monegat 649

LETTURE

I trust in diritto scozzese
 di Maurizio Lupoi 653

Profili di possibile rilevanza penale del trust

di Astolfo Di Amato

1. La decisione in commento(1) si segnala per il rigore con cui ha affrontato le questioni di carattere civilistico, sottese alla fattispecie da giudicare in sede penale.

In effetti, molto spesso il giudizio penale viene utilizzato per attaccare sotto un diverso versante quelle operazioni che, dal punto di vista civilistico, non sono suscettibili di censura. Approfittando del c. d. carattere sostanzialistico del diritto penale, della circostanza che il medesimo è orientato a giudicare i fatti umani più nella loro consistenza effettiva che nel loro aspetto formale, nonché del ruolo importante che, spesso, in sede penale è giocato dall'aspetto suggestivo, è frequente il tentativo, talora purtroppo esperito con successo, di usare il processo penale come un grimaldello per far saltare assetti contrattuali, non impugnabili alla stregua di una rigorosa applicazione della normativa civilistica.

Occorre dare atto al Tribunale di Venezia di essersi rifiutato di prestarsi ad una simile scorciatoia e di aver fatto rigorosa applicazione sia della normativa civilistica sia di quella penalistica.

La fattispecie oggetto di giudizio è piuttosto banale e frequente. Un soggetto, esposto al possibile maturare di un credito assai ingente, protegge i propri beni, su suggerimento dei professionisti che lo assistono, attraverso l'istituzione di un trust. Scampato il pericolo, intende riottenere la piena disponibilità dei beni e, verificata l'impossibilità di vedere soddisfatta tale richiesta, tenta di avere ragione in sede penale, chiedendo che siano ravvisati i reati di truffa e di appropriazione indebita. L'uno riferibile al momento dell'istituzione del trust, che sarebbe stata suggerita senza dare conto delle effettive conseguenze civilistiche. L'altro ravvisabile nel rifiuto del trustee di restituire la titolarità dei beni.

2. Merita, innanzitutto, mettere in rilievo la contraddittorietà delle due imputazioni, che segnalano l'approssimazione che, spesso, caratterizza il procedimento penale.

Difatti, delle due l'una. O il trust non dà luogo ad un trasferimento reale della proprietà dei beni conferiti, ed allora potrebbe essere configurabile il reato di

appropriazione indebita, nel caso di rifiuto di restituzione dei beni. O il trust dà luogo ad un effettivo trasferimento, ed allora è astrattamente configurabile la truffa. In nessun caso sono astrattamente configurabili tutti e due i reati contemporaneamente.

La formulazione congiunta delle due imputazioni testimonia che non vi è stata una preventiva analisi dell'istituto del trust e che, quindi, l'accertamento dei relativi profili civilistici è stato demandato al giudice, al quale l'accusa ha affidato il compito di ravvisare l'esistenza dell'una o dell'altra incriminazione in ragione della struttura civilistica che fosse stata riconosciuta esistente. Una formulazione sostanzialmente "esplorativa" della imputazione, purtroppo non infrequente nella prassi giudiziaria, e che finisce con il corrispondere alla assenza della individuazione di una specifica figura criminosa a carico dell'imputato. È come se la pubblica accusa individuasse "a naso" l'esistenza di una situazione illecita ed affidasse al giudice il compito di punirla alla stregua di una qualsiasi fattispecie incriminatrice, non importa quale.

Un modo di procedere, dunque, in contrasto con tutti quei principî di tassatività, legalità e tutela del diritto di difesa, che presiedono al processo penale.

3. Passando a considerare in modo specifico i principî affermati dal Tribunale con riguardo alle due imputazioni di truffa e di appropriazione indebita, merita distinguere le affermazioni in diritto e le valutazioni in fatto.

Queste ultime sono, come ovvio, strettamente legate alle risultanze processuali e non possono costituire oggetto di una nota di commento, specie quando si sia in presenza di un giudizio di primo grado.

Quanto ai principî di diritto affermati, essi sono sostanzialmente due. Il primo è che è astrattamente configurabile un atto di disposizione dei propri beni, rilevante ai fini della configurabilità del reato di truffa.

Note:

Astolfo Di Amato è professore ordinario dell'Università "Federico II" di Napoli.

(1) Tribunale Venezia, 4 gennaio 2005, in questa Rivista, 2005, 245.

Saggi

fa, nel caso di attribuzione di beni ad un trust. Il secondo è che non è configurabile il reato di appropriazione indebita nella condotta di un trustee.

Tutti e due i principî appaiono corretti.

Con riferimento alla fattispecie della truffa, va ricordato che l'esistenza di un atto di disposizione patrimoniale, pur non essendo espressamente prevista dalla lettera dell'art. 640 cod. pen., è considerata, dalla dottrina e dalla giurisprudenza dominanti, uno dei requisiti taciti, ma essenziali, del reato di truffa(2). Del resto, è proprio l'esistenza di un atto di disposizione patrimoniale che differenzia il reato di truffa dal reato di furto commesso con uso di mezzi fraudolenti, di cui all'art. 625, n. 2 cod. pen.

Per atto di disposizione si deve intendere qualsiasi comportamento della vittima, capace di determinare un danno patrimoniale. Esso, nella truffa contrattuale, assume la veste di qualsiasi atto dispositivo di diritti, sia esso costitutivo, traslativo, modificativo o estintivo(3).

Così precisato il senso nel quale va inteso l'elemento dell'atto di disposizione ai fini della sussistenza del reato di truffa, è evidente che anche la segregazione dei propri beni in un trust può essere idonea a costituire elemento di una truffa.

È pacifico, difatti, che con la segregazione, attuata attraverso il trust, "quel che il disponente pone in trust è per lui definitivamente perso"(4).

Ovviamente, dire che l'atto istitutivo del trust può costituire elemento di un reato di truffa, non significa affatto affermare una qualsivoglia coincidenza tra trust e truffa.

Affinché possa ritenersi sussistente quest'ultima, è necessario che siano rinvenibili nella fattispecie anche gli altri elementi essenziali del reato: e cioè l'esistenza di artifici e raggiri, la conseguente induzione in errore che porta il soggetto passivo a porre in essere l'atto di disposizione, il danno ed il profitto ingiusto a vantaggio dell'agente o di un terzo ed il dolo.

Il Tribunale di Venezia ha, appunto, escluso l'esistenza del reato di truffa in riferimento alla fattispecie esaminata proprio perché, pur qualificato come "atto di disposizione" ai fini dell'incriminazione per truffa l'atto istitutivo di un trust, ha escluso la presenza degli altri elementi richiesti per la consumazione del reato.

4. Passando a considerare il reato di appropriazione indebita, va subito messo in rilievo che la fattispecie di cui all'art. 646 cod. pen. si sostanzia nella appropriazione del denaro o della cosa mobile altrui.

Dalla motivazione della decisione in commento non è dato evincere se, nella vicenda esaminata, oggetto di disposizione siano stati beni mobili od immobili. Laddove l'istituzione del trust avesse riguardato beni immobili, avrebbe dovuto essere esclusa l'esistenza dell'illecito anche sotto questo profilo, atteso che l'incriminazione riguarda esplicitamente soltanto il denaro e le cose mobili.

In ogni caso, è pacifico che la condotta incriminata consiste nell'appropriarsi della cosa, invertendo il possesso in proprietà. La condotta illecita, cioè, si manifesta nell'esercizio sulla cosa di poteri corrispondenti ed eguali al contenuto del diritto di proprietà, da parte di chi non è proprietario(5).

La condotta appropriativa può manifestarsi nei modi più vari ma, in ogni caso, richiede che sussista un presupposto e, cioè, la altruità del bene.

Se si ha presente questo elemento fondamentale della incriminazione, diviene inevitabile concludere nel senso della impossibilità di configurare il reato di appropriazione indebita in qualsivoglia condotta del trustee.

Quest'ultimo, difatti, è "il titolare" del diritto conferito in trust. Questo diritto appartiene al patrimonio del trustee, come qualunque altra situazione giuridica attiva che a lui faccia capo(6). In quanto appartenente al suo patrimonio, il trustee dispone del diritto secondo le forme e con gli strumenti consueti e non è neppure tenuto a qualificarsi trustee quando contratta con i terzi. Indubbiamente, a carico del medesimo, vi sono degli oneri e degli obblighi, ma essi non agiscono sul piano della titolarità e non consentono di negare l'esistenza della titolarità del diritto in capo al medesimo(7).

Note:

(2) Cfr. F. Mantovani, *Insolvenza fraudolenta*, Noviss. Dig. It., vol. VIII, Torino, 1962, 164; C. Pedrazzi, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1955, p. 125; A. De Marsico, *Delitti contro il patrimonio*, Napoli, 1960, p. 146; Cass., 23 febbraio 1972, Cass. pen., 1972, 790; Cass., 3 giugno 1974, Giust. pen., 1975, 2, 338; Cass., 30 gennaio 1979, Cass. pen., 1980, 1330.

(3) Cfr. G. Marini, voce "Truffa", Noviss. Dig. It., vol. XIX, Torino, 1973, 185; C. Pedrazzi, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio* [*supra*, nota 2], p. 65; Cass., 23 giugno 1987, Cass. pen., 1989, 830.

(4) Si veda, per tutti, M. Lupoi, *Trusts*, II ed., Milano, 2001, p. 569.

(5) Cfr. F. Mantovani, *Diritto penale. Delitti contro il patrimonio*, Padova, 1989, p. 98.

(6) Si veda M. Lupoi, *Trusts* [*supra*, nota 4], p. 289.

(7) Si veda M. Lupoi, *Trusts* [*supra*, nota 4], p. 552 s.

È pienamente da condividere, dunque, la conclusione del Tribunale di Venezia, la quale esclude, anche in astratto, la configurabilità della appropriazione indebita nei comportamenti del trustee nella gestione dei beni in trust, atteso il difetto del presupposto della altruità del bene.

Indubbiamente, come osserva il Tribunale, ciò non esclude che il trustee possa tenere una condotta in violazione degli obblighi esistenti a suo carico, ma si tratta di inadempimenti che, alla stregua del diritto positivo, non sono penalmente rilevanti.

Osservazioni in tema di limiti penali agli atti di disposizione patrimoniale

di Gian Paolo del Sasso

SOMMARIO: § 1. Inquadramento. – § 2. La tutela penale fornita al creditore al momento del soddisfacimento del suo diritto e l'art. 388 cod. pen. – § 3. La nozione di sentenza di condanna nella prospettiva dell'art. 388 cod. pen. – § 4. Il compimento di atti simulati o fraudolenti e l'istituzione di un trust. – § 5. Il limite penale agli atti di disposizione patrimoniale.

§ 1. Inquadramento.

La Corte di Cassazione(1), in massima sintesi, è stata chiamata ad occuparsi del caso in cui un soggetto abbia istituito tre distinti trust allo scopo di far uscire dal proprio patrimonio beni che altrimenti sarebbero stati aggrediti dai propri creditori. In particolare, la Corte ha rigettato un ricorso proposto avverso un'ordinanza del Tribunale del riesame di Torino che aveva dichiarato legittimo il sequestro preventivo dei beni immobili devoluti ai trust ravvisando la sussistenza del *fumus boni iuris* a carico dei ricorrenti, indagati per il reato di cui all'art. 388 cod. pen. Il Giudice per le indagini preliminari di Grosseto, ritenuto territorialmente competente dallo stesso Tribunale di Torino, aveva poi confermato la necessità del sequestro in parola con proprio e distinto provvedimento(2).

Le conclusioni cui giunge la Suprema Corte, coincidenti con quelle dei Tribunali di Grosseto e Torino, parametrize al caso di specie, sembrano corrette. La pur sommaria descrizione dei fatti emerse dalla lettura dei provvedimenti risulta in effetti scoraggiante per chi voglia prendere le difese dei debitori indagati. E' peraltro anche vero che l'indagine che ci si prefigge in questa sede vuole e deve prescindere dal merito della vicenda, essendo invece opportuno concentrare gli sforzi sulla comprensione e l'analisi dei principî di diritto emergenti. In questa prospettiva, sembra di poter affermare che la Corte di Cassazione, forse proprio perché confortata nella decisione dalla rilevata spregiudicatezza delle condotte degli indagati, abbia ritenuto di soffermarsi meno del necessario su concetti che avrebbero meritato qualche maggiore approfondimento.

Infatti il tema della tutela penale del creditore, a

fronte dell'inadempimento doloso di un soggetto non imprenditore, è, come si vedrà, tutt'altro che agevole. Un altro tema d'interesse è che l'atto simulato o fraudolento genericamente evocato dall'art. 388 cod. pen. è, nel caso di specie, un trust, negozio del quale ben di rado si è occupata la giurisprudenza penale.

Meritevole, poi, di essere sottolineata, ancorché sulla scia di un'interpretazione ormai costante, è l'ampia nozione data dalla Corte dell'inciso "sentenza di condanna", contenuto nell'art. 388 cod. pen.

Pare opportuno analizzare partitamene i diversi profili di interesse per poi trarre meditate conclusioni.

§ 2. La tutela penale fornita al creditore al momento del soddisfacimento del suo diritto e l'art. 388 cod. pen.

È bene subito chiarire che non esiste nel nostro ordinamento una tutela penale dell'adempimento fondata sulla pura e semplice inadempienza dolosa dell'obbligo contratto o comunque sorto(3). Il sistema penale vigente esclude infatti che possa costituire reato la semplice, ancorché preordinata, inottemperanza di un obbligo in mancanza di una condotta oggettivamente di frode tenuta dal destinatario dell'obbligo stesso(4). Sulla base di tale puntualizzazione, si può dunque proseguire alla ricerca dei cosiddetti limiti penali del diritto di proprietà e di dispo-

Note:

Gian Paolo del Sasso è avvocato in Milano.

(1) Cass., VI Sez. Pen., 18 dicembre 2004, *infra*, 574.

(2) Trib. Torino, 19 gennaio 2004, in questa Rivista, 2005, 412; Trib. Torino, 9 febbraio 2004, *ivi*, 414; Trib. Grosseto, 6 febbraio 2004, *ivi*, 416 con commento di M. Lupoi, La reazione dell'ordinamento di fronte a trust elusivi, *ivi*, 333.

(3) Oggetto delle presenti note sono unicamente i rapporti fra privati; sono dunque da tenere del tutto al di fuori del campo d'indagine quelle norme che prevedono condotte immediatamente lesive di interessi pubblici.

(4) Infatti, una norma che drasticamente così disponesse: "chiunque non adempie (dolosamente) i propri debiti è punito...", sarebbe di una tale vasta portata da prestarsi, intuitivamente, alle più pericolose applicazioni; così A. Lanzi, La tutela penale del credito, Padova, 1979, p. 175.

nibilità del proprio patrimonio in funzione della tutela dei creditori.

Orbene, la norma penale cui si può fare sicuro riferimento per identificare l'operatività della tutela di cui qui si tratta, nell'ipotesi in cui debitore sia un non imprenditore(5), è l'art. 388 cod. pen.(6). Tale norma prevede e punisce ipotesi fra loro molto diverse, e per quanto qui interessa, ci preme considerare quanto previsto dal primo comma dell'articolo 388 cod. pen., che contempla, per dirla in uno, la rilevanza penale del comportamento del debitore che determina l'inottemperanza degli obblighi nascenti da una sentenza di condanna(7). L'art. 388 cod. pen. è, peraltro, inserito nel titolo dei "Delitti contro l'amministrazione della giustizia" e, sintomaticamente, nel capo II, "Dei delitti contro l'autorità delle decisioni giudiziarie", con il che risulta evidente che la fortificazione del diritto di credito non è il bene giuridico immediatamente tutelato dalla norma. La scelta del legislatore è stata infatti quella di tenere esente da pena la condotta del debitore, tenuta successivamente alla costituzione del rapporto creditizio, che pur abbia palesemente sottratto garanzie, se non in presenza di una litispendenza o di una sentenza di condanna. È chiaro che se l'interesse tutelato fosse proprio il diritto del creditore, la fattispecie avrebbe fornito una tutela più ampia; mentre, tutelandosi, da parte della norma, interessi di carattere pubblico, il diritto dei privati ne risente inevitabilmente, divenendo oggetto indiretto di una ben più limitata tutela(8).

§ 3. La nozione di sentenza di condanna nella prospettiva dell'art. 388 cod. pen.

La Suprema Corte equipara senza esitazione alcuna il lodo arbitrale ad una sentenza di condanna emessa da magistrati ordinari e disattende la tesi secondo la quale una tale equiparazione violerebbe il divieto di analogia in materia penale. La Corte giustifica tale interpretazione riconoscendo al lodo arbitrale natura di decisione giurisdizionale, così affermando che nella specie non si incorre in alcuna estensione analogica della norma, ma si applica la stessa a situazioni identiche. Un'interpretazione restrittiva della nozione di sentenza di condanna, se è assente nel panorama giurisprudenziale, trova però adesioni in autorevole dottrina, ancorché abbastanza risalente(9). In ogni caso, coloro che assegnano all'inciso "sentenza di condanna" un contenuto ampio

muovono inevitabilmente dal principio dell'autonomia dei concetti penalistici. È infatti da condividere quel metodo interpretativo che mira alla comprensione dei termini racchiusi nella fattispecie alla stregua delle particolari esigenze di tutela che la norma penale prospetta. È così che, di frequente, alla identità lessicale dei termini usati nell'ordinamento penale e nell'ordinamento civile, fanno riscontro significati diversi. Nel caso in esame, nella cornice dell'impostazione ora proposta, può sembrare anche evidente che la dizione "sentenza di condanna" sia usata nell'ambito della fattispecie penale secondo un significato più ampio rispetto a quello che ad essa spetta nel campo del diritto processuale civile. Sembra pertanto di poter condividere l'impostazione, ribadita dalla Corte di Cassazione nel provvedimento in commento, secondo la quale il concetto di sentenza di condanna va inteso sia in senso sostanziale, sia in senso formale e dunque inclusivo di ogni atto del giudice italiano che assuma tale forma o sia ad esso espressamente equiparato, nonché dei provvedimenti che, sebbene dati in forma diversa dalla sentenza,

Note:

(5) Con riferimento alle questioni in esame, la circostanza che il debitore sia o meno imprenditore determina la ricorrenza di notevoli effetti. Infatti, il fatto che l'imprenditore possa essere soggetto alla procedura fallimentare comporta che è anche potenziale soggetto attivo dei reati fallimentari, con ogni evidente conseguenza anche nella prospettiva in esame.

(6) Accanto alla fattispecie prevista da tale norma, ve n'è un'altra che per taluni aspetti potrebbe essere invocata, ed in particolare la fattispecie di truffa. Non sembra però opportuno indagare su tali tematiche, posto che le ipotesi di truffa sono da riferirsi al momento genetico del rapporto debito-credito e non al successivo momento dell'adempimento, più o meno spontaneo che sia. Per un approfondito studio del delitto previsto dall'art. 388 cod. pen. sono da ricordare le fondamentali monografie di G. Vassalli, *La mancata esecuzione di provvedimento del giudice*, Milano, 1938 e di A. Molari, *L'inosservanza dei provvedimenti giudiziari*, Padova, 1979; più di recente, P. Pisa, voce "Provvedimenti del giudice (Mancata esecuzione dolosa di)", *Dig. Disc. Pen.*, 1995, 442 e G. Bersani, *Il delitto di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice fra dottrina ed applicazioni giurisprudenziali*, *Riv. pen.*, 2005, 655.

(7) Si approfondirà in seguito la tematica relativa alla possibile equiparazione del lodo arbitrale alla sentenza di condanna.

(8) Con riferimento al bene giuridico tutelato dalla norma, si è sviluppato, in epoca abbastanza risalente, un vivace dibattito; basti ai nostri fini precisare che gli autori che si sono occupati del tema hanno tutti concluso che il diritto del creditore è un bene tutelato in modo indiretto dalla norma e si sono concentrati nell'individuazione degli interessi di carattere pubblico immediatamente tutelati. Per una panoramica sul punto, A. Alessandri, *Il problema delle misure coercitive e l'art. 388 c.p.*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1981, 154.

(9) A. Molari, *L'inosservanza dei provvedimenti giudiziari* [*supra*, nota 6], p. 226.

Saggi

assumono la natura di decisione giudiziaria e che importano la imposizione di un obbligo civile⁽¹⁰⁾.

§ 4. Il compimento di atti simulati o fraudolenti e l'istituzione di un trust.

La fattispecie di cui all'art. 388 cod. pen., con riferimento al momento esecutivo del delitto, si sostanzia nel compimento di atti simulati o fraudolenti o altri fatti fraudolenti. A tal proposito si ritiene che, nella dizione normativa, per "atti" si intendano i negozi produttivi di effetti giuridici, mentre col termine "fatti" si ricomprenda ogni tipo di comportamento che non possa essere qualificato come negozio dal nostro ordinamento. In particolare, l'atto simulato è il contratto cui si riferisce l'art. 1414 cod. civ. che, sia chiaro, acquista penale rilevanza non in quanto tale, ma in quanto compiuto in costanza delle particolari situazioni processuali descritte nell'art. 388 cod. pen., e ciò a prescindere dalle azioni esperibili per far valere la simulazione⁽¹¹⁾.

L'atto fraudolento, invece, è qualsiasi negozio giuridico che, non simulato, sia diretto allo scopo di sottrarre all'esecuzione determinati beni, derivando pertanto tale propria qualifica non da un elemento ad esso intrinseco (come per l'atto simulato), ma dalla finalità estrinseca che ne ha determinato il compimento. In altre parole, è atto fraudolento ogni atto avente effetti giuridici, a titolo oneroso o a titolo gratuito, che valga a sottrarre i beni che ne sono oggetto all'esecuzione della sentenza. L'atto deve essere poi accompagnato dall'uso di mezzi ingannatori, cioè di artifici o raggiri. In quest'ultima prospettiva, la Suprema Corte sembra non essersi soffermata con la dovuta attenzione sul concetto di frode inteso in senso oggettivo; laddove infatti giudica come inconferente il fatto che i beni conferiti ai trust sarebbero pur sempre soggetti alla revocatoria di cui all'art. 2901 cod. civ., non considera che i requisiti richiesti da quest'ultima norma differiscono sostanzialmente da quelli richiesti dall'art. 388 cod. pen.⁽¹²⁾. Per essere più chiari, non ogni atto revocabile ai sensi dell'art. 2901 cod. civ. integra la condotta di cui all'art. 388 cod. pen. Infatti, nell'art. 2901 cod. civ., ove sono previsti i presupposti di diritto sostanziale dell'azione revocatoria, della frode non si fa alcuna menzione, solo parlandosi di atti con i quali il debitore rechi pregiudizio alle ragioni del creditore. L'offesa al creditore che giustifica l'azione revocatoria non deve dunque essere anche necessariamente fraudolenta

nel senso penalistico del termine. Nel caso di specie, sembra potersi dire che gli atti istitutivi dei trust, di per sé, non possano essere qualificati come atti fraudolenti. I creditori infatti, a seguito di semplici verifiche catastali, si sono subito avveduti della circostanza che i debitori avevano trascritto gli atti istitutivi dei trust presso le competenti Conservatorie dei Registri immobiliari. La Corte poi, con riferimento al problema della simulazione, nel chiarire che il trust *non è certamente in astratto un negozio simulato*, ha sottolineato che può benissimo esserlo nelle singole fattispecie. La Corte, seppur con una sintesi forse eccessiva, coglie probabilmente nel segno. La lettura dei provvedimenti di merito, tanto quello del Tribunale di Torino, quanto quello del Tribunale di Grosseto, hanno debitamente descritto i fatti e sembra di poter dire che gli atti istitutivi dei trust sono atti in realtà simulati. D'altra parte, per la ricorrenza della fattispecie di cui all'art. 388 cod. pen. non è necessario che l'atto sia dichiarato simulato o fraudolento dal giudice civile o sia tale da poter essere dichiarato simulato o fraudolento ai sensi della legge civile. La legge penale richiede la fraudolenza o la simulazione dell'atto soltanto da parte dell'agente: non si tratta qui di giudicare della nullità o dell'annullabilità dell'atto ma di valutare la condotta antiggiuridica di un soggetto alla stregua della legge penale.

§ 5. Il limite penale agli atti di disposizione patrimoniale.

Con riferimento ai temi che più qui interessano,

.....
Note:

(10) Per tutti, V. Manzini, Trattato di diritto penale italiano, Milano, 1982, V, p. 1081. Altro e diverso problema è interrogarsi sulla natura degli obblighi civili rientranti nella sfera di tutela della norma; la maggioranza degli autori ritiene che non si possano ricomprendere in tale ambito gli obblighi non suscettibili di esecuzione forzata, pur non mancando sul punto autorevoli voci contrarie. L'approfondimento di tale ultimo tema, pur avendo suscitato in dottrina un acceso e interessante dibattito, esula dall'oggetto principale della presente nota.

(11) U. Pioletti, Mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice, Napoli, 1937, p. 72.

(12) A titolo esemplificativo, per l'art. 2901 cod. civ., è, sotto determinati presupposti, la consapevolezza del terzo rispetto al pregiudizio recato al creditore, elemento assolutamente non presente nell'art. 388 cod. pen.; la necessità per quanto ci interessa, ai sensi dell'art. 388 cod. pen., che l'atto avvenga successivamente all'instaurazione del giudizio iniziato per il soddisfacimento del credito, mentre ex art. 2901 cod. civ. rileva anche un atto compiuto anteriormente al sorgere del credito. Si veda, sul punto, A. Molari, L'inosservanza dei provvedimenti giudiziari [supra, nota 6], p. 207.

sia nella sentenza della Corte di Cassazione, sia nei provvedimenti dei giudici di Grosseto e Torino, si rileva un corretto approccio di fondo: si è infatti tenuta ben lontana la tentazione di assegnare all'istituto del trust un valenza intrinsecamente negativa. Il dato è ancor più significativo se si considera che la vicenda in esame appare immediatamente connotata da una latente volontà degli indagati di sottrarsi a quanto stabilito dal lodo arbitrale. Le coincidenze temporali rilevate dai giudici rendono, infatti, quasi ingenua le condotte dei debitori, che il più delle volte, ben diversamente dal caso di specie, mettono in pratica il proprio intendimento di rendersi insolventi ben prima dei provvedimenti loro sfavorevoli. Ed è proprio per questo, come sopra accennato, che la tutela indiretta fornita al creditore dall'art. 388 cod. pen. risulta confinata entro limiti molto angusti, tanto da risolversi unicamente nella tutela del creditore attore in giudizio⁽¹³⁾. D'altro canto, la scelta del legislatore penale risponde ad una ben precisa filosofia di fondo, da inquadrarsi nel libero esercizio dei propri diritti e quindi della piena disponibilità dei propri beni, che ogni individuo ha fino a quando il proprio patrimonio non sia soggetto ad una procedura esecutiva. Il punto di riferimento normativo per contemplare le opposte esigenze fra creditore e debitore in tema di pieno esercizio dei propri diritti è la disposizione di cui all'art. 2740 cod. civ., secondo la quale i beni del debitore costituiscono garanzia per il credi-

tore per il soddisfacimento dei propri diritti. Sulla base di tale preciso riferimento normativo, è allora consentito intravedere un vincolo ed un limite che al debitore si pone in punto di disposizione del proprio patrimonio. In questa prospettiva, pare certo razionale che assuma penale rilevanza il fatto del debitore che disperda la garanzia ex art. 2740 cod. civ., ma perché ciò accada è indispensabile che sia almeno presente la possibilità dell'instaurazione di una procedura esecutiva.

È così che correttamente, nella vicenda che ci occupa, non si è ritenuto di censurare lo strumento utilizzato per gli atti di disposizione patrimoniale in sé considerato, e cioè il trust, ma semplicemente il motivo per cui tali atti sono stati compiuti. Come autorevolmente sostenuto proprio con riferimento alla presente vicenda, l'istituto del trust non si presta quindi ad essere utilizzato quale insidioso strumento per eludere le obbligazioni del disponente verso i suoi creditori, né tantomeno trova ragion d'essere in tale finalità⁽¹⁴⁾.

.....
Note:

(13) A. Lanzi, La tutela [*supra*, nota 4]. L'autore opera una puntuale ricostruzione dell'ambito di applicazione dell'art. 388 cod. pen., per concludere appunto che i confini della tutela penale del creditore nei confronti di un debitore non imprenditore sono esigui.

(14) M. Lupoi, La reazione dell'ordinamento di fronte a trust elusivi [*supra*, nota 2], a p. 333 s.

Saggi

Perpetuities and Trust Law Reform in the United States – Part I

di Joshua C. Tate

SUMMARY: § 1. The Rule Against Perpetuities and Its Abolition. – § 2. Dukeminier and Krier on Perpetual Trusts.

The past few decades have seen at least two significant changes in U.S. trust law: a new acceptance of perpetual noncharitable trusts and a greater focus on the needs of the beneficiaries. Certain U.S. law professors have argued that the second of these trends should be accelerated on account of the first, and have made reform proposals accordingly. This Article examines a novel source of empirical evidence – Web sites created by estate planners – in order to consider what effect these recent proposals will have on the goals of settlors.

Part I of this Article gives some background on the evolution of U.S. law regarding perpetuities. Part II then sets out the reform proposals that are the subject of this Article. This is followed in Part III by an analysis of the Web sites used to promote the new perpetual noncharitable trusts. Part IV returns to the proposals for reform and evaluates them in light of the evidence of Part III. Part V concludes.

§ 1. The Rule Against Perpetuities and Its Abolition.

A. *The Traditional Rule, “Wait-and-See”, and the USRAP.*

Across the centuries, the common law swung back and forth like a pendulum between allowing and restricting property interests of unlimited duration(1), but it eventually came to rest with the doctrine we know as the Rule Against Perpetuities (the “Rule”)(2). For present purposes, it will suffice to state Gray’s classic formulation: “No interest is good unless it must vest, if at all, not later than twenty-one years after some life in being at the creation of the interest”(3). The Rule invalidates interests that may vest too remotely in the future(4), and its effect is to impose a time limit on the ability of a person to make plans about the future ownership of his or her property.

The classical Rule paid no attention to whether a

Note:

Joshua C. Tate è Assistant Professor of Law alla Southern Methodist University.

Copyright © 2005, University of Kansas Law Review.

Si ringraziano l’Autore e la University of Kansas Law Review per aver consentito la pubblicazione di questo articolo.

La seconda parte del saggio sarà pubblicata nel prossimo numero della Rivista.

In considerazione della complessità delle note, non sono state apportate modifiche di conformazione dell’originale ai canoni della Rivista.

Joshua C. Tate is grateful to John Langbein for his thorough and exacting criticism. He also thanks Mark Ascher, Regis Campfield, Joel Dobris, Robert Ellickson, Thomas Gallanis, John Gaubatz, Wayne Gazur, Robert Gordon, Edward Halbach, Lisa Hasday, Adam Hirsch, James Krier, Claire Priest, Richard Ross, Jeffrey Schoenblum, Robert Sitkoff, Henry Smith, Angela Vallario, and Lawrence Waggoner for reading and commenting on earlier drafts, and April Anderson, Jonathan Blattmachr, Daniel Hulsebosch, Daniel Markovits, Sharon McAnear, Matthew Mirow, William LaPiana, William Nelson, Cristina Rodríguez, Harry Tate, Theresa Waymire, James Whitman, Danaya Wright, and participants in law school faculty colloquia at the University of Arizona, Arizona State University, the University of Colorado, the University of Denver, the University of North Carolina, Samford University, Southern Methodist University, the University of Tennessee, and Vanderbilt University for offering helpful suggestions and encouragement. The research for this article was supported by an Irving F. Ribicoff Fellowship at the Yale Law School and summer funding provided by the University of Colorado School of Law. Jordan Oates provided helpful research assistance. The author alone is responsible for any error that remains.

(1) In 1285, the English statute *De Donis* imposed restrictions on the ability of a donee in fee tail to alienate the land, and the royal justices gradually extended the restraint to subsequent generations, allowing for the creation of perpetual entails. Joseph Biancalana, *The Fee Tail & the Common Recovery in Medieval England 1176–1502*, 106–21 (2001). Shortly after the justices began to recognize perpetual entails, however, lawyers devised a fiction called the common recovery by which a tenant in tail could bar, or break, the entail and sell the land to a third party. *Id.* at 121, 250–51. But lawyers eventually found a way around the common recovery, and invented “strict settlements,” in which a life estate was given to a prospective groom with a remainder to trustees during his life and then successive remainders to his unborn sons. J.H. Baker, *An Introduction to English Legal History 293–94* (4th ed. 2002); Lloyd Bonfield, *Marriage Settlements, 1601–1740: The Adoption of the Strict Settlement 55–56* (1983). By the technique of resettling the land in each generation, conveyancers were able to keep land in the groom’s family in perpetuity. Baker, *supra*, at 294. This is the background to the development of the Rule.

(2) The creation of the Rule is traditionally associated with *The Duke of Norfolk’s Case*, 22 Eng. Rep. 931 (Ch. 1682), but one scholar has argued that it was not originally a rule “against” perpetuities but a rule “of” perpetuities. See George L. Haskins, *Extending the Grasp of the Dead Hand: Reflections on the Origins of the Rule Against Perpetuities*, 126 U. Pa. L. Rev. 19, 21–22 (1977).

(3) John Chipman Gray, *The Rule Against Perpetuities* § 201, at 191 (4th ed. 1942).

(4) W. Barton Leach, *Perpetuities in a Nutshell*, 51 Harv. L. Rev. 638, 639 (1938).

particular interest did, in fact, vest within the permissible period, and thus became a “trap to the draftsman”(5). In applying the Rule, courts assumed that an eighty-year-old woman might still have more children (the “fertile octogenarian” assumption) and that a middle-aged married man might take a second wife who was not yet born at the time an instrument was created (the “unborn widow” possibility)(6). Because strict application of the Rule involved such counterfactual assumptions, a movement began in the mid-twentieth century to amend the Rule so that courts would “wait and see” whether a particular interest actually did vest within the prescribed period(7). Pennsylvania enacted the first wait-and-see statute in 1947(8). This led to a series of debates among leading American property scholars that have been dubbed the “Perpetuities Wars”(9).

The leading American proponent of the wait-and-see rule was W. Barton Leach, who argued in a famous article that the Rule should take into consideration what actually happened rather than what might conceivably happen(10). Leach’s suggestion met with considerable opposition, most notably from Lewis M. Simes, who offered several objections to the wait-and-see rule(11). By Leach’s death in 1971, however, six states had adopted the wait-and-see rule for the full perpetuities period, and six other states had adopted a limited version of wait-and-see(12). In 1979, after much debate, the drafter of the Restatement of Property adopted the wait-and-see rule(13), giving Leach a posthumous victory.

In order to apply the wait-and-see doctrine, it was necessary to answer a difficult question: For whose lives were the courts to “wait and see” if the interest vested within the permissible period(14)? The Restatement offered a list of individuals who counted as measuring lives(15). Jesse Dukeminier found this list unprincipled and arbitrary, and suggested that courts should instead follow the procedure under the old Rule and look to persons “causally connected to vesting”(16). Lawrence Waggoner doubted whether the common-law approach to measuring lives could be applied in the wait-and-see context, reasoning that the common law identified “measuring lives” only for valid interests, and that such measuring lives – which Waggoner termed “validating lives” – could not be used for purposes of a wait-and-see rule(17). Waggoner proposed instead that courts mark the wait-and-see period by a fixed time limit somewhere between eighty and 100 years(18). The Uniform Statutory Ru-

le Against Perpetuities (“USRAP”), of which Waggoner was the principal architect, ultimately provided for a ninety-year time period(19). Many states subsequently adopted the USRAP(20), and the ninety-

Note:

(5) *Id.* at 643.

(6) *Id.* at 643–44.

(7) Jesse Dukeminier & James E. Krier, *The Rise of the Perpetual Trust*, 50 UCLA L. Rev. 1303, 1305-07 (2003).

(8) Lewis M. Simes, *Is the Rule Against Perpetuities Doomed? The “Wait and See” Doctrine*, 52 Mich. L. Rev. 179, 183 (1953).

(9) Susan F. French, *Perpetuities: Three Essays in Honor of My Father*, 65 Wash. L. Rev. 323, 333 n. 24 (1990).

(10) W. Barton Leach, *Perpetuities in Perspective: Ending the Rule’s Reign of Terror*, 65 Harv. L. Rev. 721, 747 (1952). Dukeminier supported Leach’s view. See Jesse Dukeminier, Jr., *Perpetuities Law in Action: Kentucky Case Law of the 1960 Reform Act 70–75* (1962) (citing cases that “offer rather convincing support [...] for Professor Leach’s recent attack on the remote possibilities test”).

(11) Simes, *supra* note 8, at 184–90.

(12) Dukeminier & Krier, *supra* note 7, at 1306–07.

(13) *Id.* at 1307; Restatement (Second) of Prop.: Donative Transfers § 1.4 (1983).

(14) Jesse Dukeminier, *Perpetuities: The Measuring Lives*, 85 Colum. L. Rev. 1648, 1648 (1985).

(15) Restatement (Second) of Prop.: Donative Transfers § 1.3 (1983).

(16) Dukeminier, *supra* note 14, at 1648, 1674–81.

(17) Lawrence W. Waggoner, *Perpetuities: A Perspective on Wait-and-See*, 85 Colum. L. Rev. 1714, 1714–15 (1985).

(18) *Id.* at 1726–28. The debate continued in a series of rejoinders and rebuttals. See Jesse Dukeminier, *A Response by Professor Dukeminier*, 85 Colum. L. Rev. 1730 (1985); Lawrence W. Waggoner, *A Rejoinder by Professor Waggoner*, 85 Colum. L. Rev. 1739 (1985); Jesse Dukeminier, *A Final Comment by Professor Dukeminier*, 85 Colum. L. Rev. 1742 (1985).

(19) Lawrence W. Waggoner, *The Uniform Statutory Rule Against Perpetuities: The Rationale of the 90-Year Waiting Period*, 73 Cornell L. Rev. 157, 158–60 (1988).

(20) Twenty-three states and the District of Columbia have adopted the USRAP and have not yet repealed it. See Ariz. Rev. Stat. Ann. §§ 14-2901 to -2906 (West Supp. 2004); Cal. Prob. Code §§ 21200–231 (West 2004); Colo. Rev. Stat. Ann. §§ 15-11-1101 to -1107 (West 2004); Conn. Gen. Stat. §§ 45a-490 to -496 (West 2004); D.C. Code Ann. §§ 19-901 to -907 (2004); Fla. Stat. Ann. § 689.225 (West 2004); Ga. Code Ann. §§ 44-6-200 to -206 (West 2004); Haw. Rev. Stat. Ann. §§ 525-1 to -6 (2004); Ind. Code Ann. §§ 32-17-8-1 to -6 (West 2004); Kan. Stat. Ann. §§ 59-3401 to -3408 (West 2004); Mass. Gen. Laws Ann. ch. 184A, §§ 1–11 (West 2004); Mich. Comp. Laws Ann. §§ 554.71 to .78 (West 2004); Minn. Stat. Ann. §§ 501A.01 to .07 (West 2004); Mont. Code Ann. §§ 72-2-1001 to -1007 (West 2004); Neb. Rev. Stat. §§ 76-2001 to -2008 (Supp. 2002); Nev. Rev. Stat. Ann. §§ 111.103 to .1039 (West 2004); N.M. Stat. Ann. §§ 45-2-901 to -906 (West
(Segue)

Saggi

year wait-and-see period became the dominant variation on the Rule in the late twentieth century.

B. The GST Tax Exemption.

USRAP was not the last word in perpetuities reform, but legal scholars are no longer spearheading the reform movement. In order to understand developments since USRAP, a brief discussion of federal estate and gift taxation is necessary.

In 1916, Congress enacted a federal estate tax⁽²¹⁾. Taxpayers were initially able to avoid this tax by making lifetime gifts, but Congress severely limited that possibility in 1924 by enacting a gift tax⁽²²⁾. However, neither the gift tax nor the estate tax applied to the termination of a life estate in a child; when a trust was used to transfer property first to one's children for life and then to one's grandchildren, the first transfer was subject to taxation but the second was not⁽²³⁾. Wealthy people took advantage of this opportunity and created such generation-skipping trusts, which could last as long as the relevant Rule permitted⁽²⁴⁾.

Congress eventually decided to narrow the gap in the existing tax law through a tax on generation-skipping transfers, which was enacted in 1976 and substantially reconfigured in 1986⁽²⁵⁾. In enacting the 1986 Generation-Skipping Transfer ("GST") tax, however, Congress included an exemption of \$1 million for each transferor⁽²⁶⁾. This exemption has been increased to \$1.5 million for decedents dying in 2004, and will continue to increase in stages until it reaches \$3.5 million in 2009⁽²⁷⁾. Accordingly, it is now possible to create a generation-skipping trust worth up to \$1.5 million that will not be subject to the GST tax⁽²⁸⁾. Unless and until it runs afoul of the Rule, such a trust can continue to pass down income or principal free of federal transfer taxes to an infinite number of generations, assuming Congress does not in the future repeal, reduce, or limit the GST exemption.

C. Abolition of the Rule.

Before Congress enacted the GST tax, only two states, Idaho and Wisconsin, had abolished the Rule Against Perpetuities, with the proviso that restraints on alienation beyond the common-law perpetuities period were not permitted⁽²⁹⁾. In 1983, after the original version of the GST tax was enacted but before

the substantial 1986 revisions, South Dakota became the third state to abolish the Rule, again subject to a limitation on restraints on alienation⁽³⁰⁾. At the time it abolished the Rule, South Dakota was engaged in "an aggressive campaign to attract trust and banking [business] to the State"⁽³¹⁾.

Note:

(Continua nota 20)

2004); N.C. Gen. Stat §§ 41-15 to -22 (West 2004); N.D. Cent. Code §§ 47-02-27.1 to .5 (2004); Or. Rev. Stat. §§ 105.950 to .975 (West 2004); S.C. Code Ann. §§ 27-6-10 to -80 (2004); Tenn. Code Ann. §§ 66-1-201 to -208 (West 2004); Va. Code Ann. §§ 55-12.1 to .6 (Michie 2003); W. Va. Code Ann. §§ 36-1A-1 to -8 (West 2004). Alaska, New Jersey, and Utah adopted USRAP but subsequently repealed it. See Alaska Stat. § 34.27.050 (Michie 2004) (repealed 2000); N.J. Stat. Ann. § 46:2F-1 (West 2004) (repealed 1999); Utah Code Ann. §§ 75-2-1201 to -1209 (West 2004) (replacing USRAP with a scheme allowing for thousand-year dynasty trusts). Arizona, the District of Columbia, Florida, Nebraska, and Virginia have amended their statutes to permit perpetual or near-perpetual trusts under certain circumstances. See Ariz. Rev. Stat. Ann. § 14-2901(A)(3) (West 2004) (exempting interests from invalidation where "[t]he interest is under a trust whose trustee has the expressed or implied power to sell the trust assets and at one or more times after the creation of the interest one or more persons who are living when the trust is created have an unlimited power to terminate the interest"); D.C. Code § 19-904(10) (2004) (exempting trusts where the trustee has the power of sale and the governing instrument provides that the Rule does not apply); Fla. Stat. Ann. § 689.225(2)(f) (West 2004) (substituting 360 years for ninety years for trusts created after December 31, 2000); Neb. Rev. Stat. Ann. § 76-2005(9) (West 2004) (exempting trusts where the trustee has the power of sale and the governing instrument provides that the Rule does not apply); Va. Code Ann. § 55-13.3(C) (West 2004) (specifying that the Rule does not apply to a trust "when the trust instrument, by its terms, provides that the rule against perpetuities shall not apply to such trust").

(21) 5 Boris I. Bittker & Lawrence Lokken, *Federal Taxation of Income, Estates & Gifts* ¶ 120.1, at 120-1 to -2 (2d ed. 1993).

(22) *Id.* 120.1, at 120-2.

(23) *Id.* 120.2.3, at 120-11 to -12.

(24) Dukeminier & Krier, *supra* note 7, at 1312-13.

(25) See Bittker & Lokken, *supra* note 21, 120.2.3, at 120-12 to -13.

(26) *Id.* 120.2.3, at 120-13.

(27) See 26 U.S.C. §§ 2010(c), 2631(c) (West 2004) (providing the credit amount against estate tax and the inflation formula for the GST exemption).

(28) See Dukeminier & Krier, *supra* note 7, at 1313 (stating that the GST tax will be adjusted for inflation to \$1.5 million in 2004). If the trust is created *inter vivos*, however, the initial transfer will be subject to gift tax to the extent it exceeds the \$1 million gift tax exemption. Stewart E. Sterk, *Jurisdictional Competition to Abolish the Rule Against Perpetuities: R.I.P. for the R.A.P.*, 24 *Cardozo L. Rev.* 2097, 2100-01 (2003).

(29) Idaho Code § 55-111 (Michie 2004); Wis. Stat. Ann. § 700.16 (West 2004); Sterk, *supra* note 28, at 2101.

(30) S.D. Codified Laws §§ 43-5-1, -8 (Michie 2004).

(31) Sterk, *supra* note 28, at 2101-02.

Since South Dakota abolished the rule, legislatures in a number of American states, hoping to attract trust business to their state(32), have abolished or drastically limited the scope of the Rule. Such legislation has been enacted in sixteen states, not counting the three that abolished it before 1986, and the District of Columbia(33). These statutes have given rise to a new American legal entity: the perpetual dynasty trust, a trust that has the potential to last forever, or for hundreds of years, but need not be limited to charitable purposes(34). Since anyone can establish a perpetual dynasty trust in one of the states that have abolished the Rule, states that have not yet abolished the Rule are tempted to do so to prevent a loss of trust business to other states(35). Other states are considering proposals to abolish the Rule, and the list of states that allow the creation of perpetual dynasty trusts is likely to grow(36).

Because the movement to abolish the Rule is closely related to the GST tax exemption(37), Congress has considerable power over the future of the Rule(38). If Congress decides to abolish the estate tax completely by 2010, there will be no special transfer tax advantage in generation-skipping trusts, relieving the pressure to abolish the Rule for those states that have not already done so(39). But the list of states that have done so is already long, and, in any event, it is doubtful whether Congress will really do away with the estate tax altogether.

If Congress suddenly became strangely passionate about perpetuities, it could take measures to make

Note:

(32) *Id.* at 2103.

(33) The statutes vary in their operation. Alaska and New Jersey have abolished the common law Rule and replaced it with a restriction on the settlor's ability to suspend the power of alienation. See Alaska Stat. § 34.27.100 (Michie 2004); N.J. Stat. Ann. §§ 46:2F-9, :2F-10 (West 2003). Delaware has retained a version of the Rule, but only for interests of real property. See Del. Code Ann. tit. 25, § 503(a)-(e) (Supp. 2004). Rhode Island has abolished the Rule outright. See R.I. Gen. Laws § 34-11-38 (Supp. 2004). Virginia exempts a trust from the Rule when the governing instrument specifies that the Rule does not apply. See Va. Code Ann. § 55-13.3(C) (Michie 2003). Illinois, Maine, Maryland, Nebraska, New Hampshire, Ohio, and the District of Columbia do so as well, provided that the trust gives the trustee a qualifying power of sale. D.C. Code Ann. § 19-904(10) (Supp. 2004); 765 Ill. Comp. Stat. Ann. §§ 305/3(a-5), 305/4(a)(8) (West 2001); Me. Rev. Stat. Ann. tit. 33, § 101-A (West Supp. 2004); Md. Code Ann., Est. & Trusts § 11-102(e) (2001); Neb. Rev. Stat. § 76-2005(9) (Supp. 2002); N.H. Rev. Stat. § 564:24(1) (Supp. 2004); Ohio Rev. Code Ann. § 2131.09(B)(1) (Anderson 2002). Missouri specifies that the Rule does not apply whenever the trustee has a qualifying power of sale. Mo. Ann. Stat. § 456.236(1) (West Supp. 2004). Arizona exempts trusts where the trustee has the power of sale and "at one or more times after the creation of the interest one or more per-

sons who are living when the trust is created have an unlimited power to terminate the interest." See Ariz. Rev. Stat. § 14-2901(A)(3) (West Supp. 2004). Utah and Wyoming have adopted a perpetuities period of 1,000 years. See Utah Code Ann. §§ 75-2-1201 to -1209 (Supp. 2004); Wyo. Stat. Ann. § 34-1-139 (West 2004) (stating that the 1,000-year period applies where the trust instrument states that the Rule does not apply and where the trust will terminate no later than 1,000 years after its creation). Florida has amended its USRAP to provide for a 360-year wait-and-see period. Fla. Stat. Ann. § 689.225(2)(f) (West Supp. 2004).

(34) The term "dynasty trust" is sometimes used interchangeably with "perpetual trust," but the former can refer more generally to any trust "set up primarily to perpetuate the trust estate for as long a period as possible." Lawrence M. Friedman, *The Dynastic Trust*, 73 Yale L.J. 547, 547 (1964). I use the term "perpetual dynasty trust" to specify those trusts that are both perpetual and noncharitable and would not be permissible under the common law Rule.

(35) "Respectable authority suggests that the validity of a trust should be determined by the law of the situs of trust property, not the law of the trust settlor's domicile." Stewart E. Sterk, *Asset Protection Trusts: Trust Law's Race to the Bottom?*, 85 Cornell L. Rev. 1035, 1082 (2000). Under the Restatement view, a trust will be valid if it is valid under the laws of the state "with which, as to the matter at issue, the trust has its most significant relationship." Restatement (Second) of Conflicts § 270 (1971). When the settlor manifests an intention that the trust be administered in a particular state, the laws of that state may determine the trust's validity. See *id.* § 270 cmt. c ("Of the states having relationships with the trust, much the most important insofar as the validity of the trust is concerned is the state, if any, where the settlor manifested an intention that the trust be administered."). Certain U.S. states, especially Alaska and Delaware, have begun to compete aggressively for trust business from other states by allowing settlors to shield their assets from creditors. Sterk, *supra*, at 1037. The theory is that, even though such trusts are not permitted in other states, the law of the state of trust administration will be applied. Some of the states that have abolished the Rule have likewise done so with the hope that other states will apply the law of the state of trust administration in deciding the validity of a perpetual trust. It is not clear, however, whether this strategy will be successful in the long run. The courts of the state where the settlor was domiciled at the creation of the trust may conclude that that state, and not the state of trust administration, has the "most significant relationship" with the trust, or that perpetuities violate a strong public policy of the domicile state. See Jeffrey A. Schoenblum, *Reaching for the Sky - Or Pie in the Sky: Is U.S. Onshore Trust Reform an Illusion?*, 4 Trusts e Attività Fiduciarie 340, 344-45 (2003). The question may ultimately turn on "whether the local court will be able to exercise jurisdiction over the out-of-state trust or the foreign trustee," which depends on whether the trustee has had "minimum contacts" with the domicile state. *Id.* at 346. Until these issues are resolved, however, states that abolish the Rule may hope to see an increase in trust business, which means that the movement to abolish the Rule is unlikely to reverse in the near future.

(36) As of this writing, legislation is pending in Connecticut, New York, and Texas, and may be reintroduced in Kentucky. See H.R. 6935, 2005 Gen. Assem. (Conn. 2005); A. 4924, 228th Annual Leg. Sess. (N.Y. 2005); H.R. 2561, 79th Leg. (Tex. 2005); E-mail from the Hon. Brent Yonts, Kentucky State House Representative, to Joshua C. Tate, Samuel I. Golieb Fellow, New York University School of Law (March 21, 2005) (on file with author). The Montana legislature has passed a joint resolution authorizing the appointment of a committee to study the issue. H.R. Joint Res. 27, 59th Reg. Sess. (Mont. 2005).

(37) As discussed below, however, tax benefits are far from the only motivation for creating dynasty trusts. See *infra* Part IV. While the GST tax exemption has no doubt accelerated the abolition of the Rule, it is possible that the Rule would eventually have been eliminated even without the exemption.

(38) Dukeminier & Krier, *supra* note 7, at 1342-43.

(39) *Id.*

Saggi

them less attractive, perhaps by amending the GST exemption so that it would not apply to perpetual trusts, which would negate the incentive to repeal the Rule(40). Under the most likely scenario, however, Congress will continue to increase the GST exemption, multiplying the tax advantages of perpetual dynasty trusts and increasing the incentive for states to abolish the Rule(41). If the Rule continues to be abrogated, the question arises of what additional changes to the law of trusts might be appropriate. In their recent article, Dukeminier and Krier attempt to answer this question.

§ 2. Dukeminier and Krier on Perpetual Trusts.

Dukeminier, who devoted much of his scholarly career to questions of perpetuities reform, saw merit in the traditional common law approach toward choosing measuring lives(42). He was not pleased to see the Rule abolished in state after state with little regard for a half-century's worth of legal scholarship and debate on the subject(43). In his last article, completed by James E. Krier after his death(44), Dukeminier tried to assess what settlors really hoped to accomplish by means of perpetual dynasty trusts, suggested some difficulties that might arise from such trusts, and made proposals regarding how those difficulties could be remedied(45). This Article will evaluate these proposals.

Dukeminier and Krier identify three sorts of problems that might arise from perpetual trusts, which they refer to as the problems of inalienability, first-generation monopoly, and duration(46). The first problem, inalienability, arises from the fact that, historically, perpetuities interfered with the free alienability of property(47). Dukeminier and Krier conclude that this problem has been largely solved, as the vast majority of trusts give the trustee the power to sell the trust property and invest in other assets, and almost all the states that have abolished the Rule give this power to the trustees by statute if it is not included in the trust instrument(48).

The second problem, first-generation monopoly, refers to the ability of the settlor (the first generation) to make all the decisions regarding the use of the trust property, leaving future generations no control over how the property is used(49). Dukeminier and Krier devote somewhat more attention to this problem, which implicates philosophical concerns about fair-

ness and equality of opportunity, but they do not find the philosophical and sociological arguments against perpetuities especially persuasive, and do not suggest any ways to ameliorate these concerns(50).

In the view of Dukeminier and Krier, the most serious objection to the creation of perpetual trusts is what they call the problem of duration(51). This problem could be more aptly characterized as a problem of inflexibility. Because the settlor cannot foresee the future, Dukeminier and Krier explain, the settlor will not be able to anticipate changes in the number, needs, and abilities of the trust's beneficiaries; in the tax law and the law of trusts; in opportunities for investment; in the inflation rate and the value of the dollar; and in the persons who serve as trustees and the quality of their performance(52). Changes in circumstances may lead to economic inefficiency or harm the beneficiaries(53). As a consequence, Dukeminier and Krier want to make it easier to modify or terminate a trust after circumstances have changed, and to replace the trustee if the beneficiaries become dissatisfied with the trustee's

Note:

(40) Dukeminier & Krier, *supra* note 7, at 1343.

(41) *Id.*

(42) *See supra* note 14 and accompanying text.

(43) *See* Dukeminier & Krier, *supra* note 7, at 1317 (referring to the "troubling likelihood that the Rule against Perpetuities is being abolished with little if any reflection upon the merits of the Rule *on its own*, without regard to tax considerations").

(44) *Id.* at 1303 n.**.

(45) *Id.* at 1303.

(46) *Id.* at 1319.

(47) *Id.* at 1319–20.

(48) *Id.* at 1321. This argument may, however, continue to have persuasive force. A trustee can be sued for making irresponsible investments, and is therefore likely to be a more conservative investor than an outright owner. Thus, tying up property in a perpetual trust may discourage risk, and thereby have an effect on the market even if the trustee has the power to sell. Whether this effect is negative or positive is beyond the scope of this Article.

(49) *Id.* at 1321. This supposed problem could equally be termed "owner monopoly," since the first generation is the owner of the property.

(50) *Id.* at 1321–27.

(51) *Id.* at 1327.

(52) *Id.*

(53) *Id.*

fees or performance(54). Finally, Dukeminier and Krier are concerned about the possibility that multiplication of beneficiaries will eventually make the trust unmanageable(55).

Under current law, it is difficult for a trust to be modified or terminated after the settlor has died. In *Claflin v Claflin*(56), a case decided in the late nineteenth century, the Massachusetts Supreme Judicial Court held that a trust, if otherwise legally valid and in accordance with public policy, cannot be terminated early if doing so would contravene a material purpose of the settlor(57). This rule, which came to be known as the *Claflin* doctrine, was subsequently adopted in most American jurisdictions(58). The *Claflin* rule is also applied to modifications of a trust. A court may direct a trustee to deviate from the trust's terms when "owing to circumstances not known to the settlor and not anticipated by him compliance would defeat or substantially impair the accomplishment of the purposes of the trust", but not "merely because such deviation would be more advantageous to the beneficiaries"(59). Thus, for well over a century, implementing the settlor's intent has been the dominant paradigm of American trust law when questions of modification and termination are concerned.

The trend of recent years has been to give beneficiaries and courts more power to terminate or modify trusts, but the settlor's intent remains a key factor. The Restatement (Third) of Trusts provides that, if all the beneficiaries of an irrevocable trust agree, they can "compel the modification or termination of the trust", providing that this would not be "inconsistent with a material purpose of the trust"(60). A comment notes that "[m]aterial purposes are not readily to be inferred" and that a "finding of such a purpose generally requires some showing of a particular concern or objective on the part of the settlor, such as concern with regard to a beneficiary's management skills, judgment, or level of maturity"(61). A similar provision is contained in the Uniform Trust Code ("UTC")(62), and both the UTC and the Third Restatement specify that a spendthrift clause does not necessarily constitute a material purpose of the trust(63). The Third Restatement, but not the UTC, allows a court to modify or terminate a trust even when doing so would contravene a material purpose of the settlor, provided that the court determines that the reasons advanced by the beneficiaries in favor of modification or termination outweigh the material purpose(64). Both the UTC and the Third

Restatement also adopt an expanded "equitable deviation" doctrine, allowing the court to modify the dispositive provisions of a trust in order to further the settlor's purposes when the settlor has failed to anticipate a change in circumstances(65).

The reforms of the UTC and the Third Restatement, if adopted, will make it somewhat easier for the beneficiaries to compel the termination or modification of a trust due to a change in circumstances. The idea is that the settlor, if he or she were still living, would or should approve of termination or modification when no material purpose of the trust is impaired or (in the case of the Third Restatement) the material purpose is outweighed by the reasons in favor of termination(66). Thus, the UTC and Third

Note:

(54) *Id.* at 1335–37.

(55) *Id.* at 1339.

(56) 20 N.E. 454 (Mass. 1889).

(57) *Id.* at 456.

(58) Gregory S. Alexander, *The Dead Hand and the Law of Trusts in the Nineteenth Century*, 37 Stan. L. Rev. 1189, 1204 (1985).

(59) Restatement (Second) of Trusts § 167 & cmt. b (1959).

(60) Restatement (Third) of Trusts § 65 (2003). A comment explains that, while all beneficiaries must consent, "[t]he consent of potential beneficiaries who cannot consent for themselves [...] may be provided by guardians ad litem, by court appointed or other legally authorized representatives, or through representation by other beneficiaries under the doctrine of virtual representation." *Id.* § 65 cmt. b.

(61) *Id.* § 65 cmt. d.

(62) Unif. Trust Code § 411(b) (2004) [hereinafter UTC]. The California Probate Code has also moved away from the strict *Claflin* doctrine and allows for easier modification of trust terms. See Ronald Chester, *Modification and Termination of Trusts in the 21st Century: The Uniform Trust Code Leads a Quiet Revolution*, 35 Real Prop. Prob. & Tr. J. 697, 701–06 (2001).

(63) UTC, *supra* note 62, § 411(c); Restatement (Third) of Trusts § 65 cmt. e (2003).

(64) Restatement (Third) of Trusts § 65(2). This provision is absent in the UTC, possibly because it has little chance of being adopted by state legislatures, which are reluctant to thwart the settlor's intent. The spirit of section 65(2) is embraced by Dukeminier and Krier, although they would grant broader powers of modification and termination to courts. See *infra* text accompanying note 79.

(65) UTC, *supra* note 62, § 412; Restatement (Third) of Trusts § 66.

(66) See Robert H. Sitkoff, *An Agency Costs Theory of Trust Law*, 89 Cornell L. Rev. 621, 661–62 (2004). See also Chester, *supra* note 62, at 728 ("Flexibility in changed circumstances undoubtedly would appeal to many dead settlors if they could be brought back to life."); John H. Langbein, *The Uniform Trust Code: Codification of the Law of Trusts in the United States*, 15 Tr. L. Int'l 66, 69 (2001) (explaining that the reforms of the UTC are "[c]onsistent with the rationale of the 'material purpose' doctrine, which is to defer to the interests and intention of the settlor").

Saggi

Restatement claim to further the settlor's purposes(67).

The UTC has also made it easier to remove a trustee. Under the traditional rule, it was difficult to remove a trustee except in cases of serious unfitness, commission of a crime, or breach of trust(68). The UTC permits removal when the trustee is unwilling or persistently fails to administer the trust effectively, or when the beneficiaries all request removal, provided that the court determines that removal serves the interests of the beneficiaries(69). These provisions are mandatory law and cannot be avoided through drafting of the trust instrument(70). The Third Restatement also allows the court, in its discretion, to remove a "trustee whose continuation in that role would be detrimental to the interests of the beneficiaries"(71). The basic idea is that the settlor, were he or she still living, would consent to removal of the trustee when removal serves the beneficiaries' interests(72).

While Dukeminier and Krier endorse the approach of the UTC and the Third Restatement, they do not think these provisions go far enough to prevent the anticipated problems of inflexibility associated with dynasty trusts(73). Under the UTC and Third Restatement, modification and termination of trusts and removal of trustees generally involve court participation(74). Dukeminier and Krier are concerned that involving the courts will be too costly for the beneficiaries(75). Dukeminier and Krier acknowledge that any problems of inflexibility could be solved through apt drafting, including special powers of appointment in beneficiaries, discretionary powers in trustees, and provisions allowing beneficiaries to replace the trustee(76). But Dukeminier and Krier are concerned that some of the new perpetual trusts will be "inexpertly drafted," and propose that statutes be enacted to give trustees and beneficiaries those powers that would supposedly be included in a well-drafted trust(77).

Dukeminier and Krier propose several legislative "alternatives" that states could follow to resolve problems of inflexibility, four of which they endorse(78). First, Dukeminier and Krier suggest that legislation could give courts broad power to terminate a trust after the beneficiaries who were alive at the trust's creation are dead, if termination would be to the advantage of the then income beneficiaries(79). Unlike the equivalent provision in the Third Restatement(80), the statute envisioned by Dukeminier and

Krier does not require the court to balance the interest of the beneficiaries against the material purposes of the settlor: the court need not consider the settlor's intent. Second, Dukeminier and Krier suggest "a statute giving the power of modification or termination to the income beneficiaries in succession, but only after the income beneficiaries known to the settlor die"(81). To avoid adverse tax consequences, Dukeminier and Krier suggest that this be a special power that cannot be exercised in favor of the holders of the power or their creditors or estates(82), but there would be nothing to prevent it being exercised

Note:

(67) Whether the reforms of the UTC and Third Restatement are in fact intent-implementing is beyond the scope of this Article.

(68) Restatement (Second) of Trusts § 107 cmt. b (1959) (listing as grounds for removal of a trustee: "lack of capacity to administer the trust [...]; the commission of a serious breach of trust; refusal to give a bond, if a bond is required; refusal to account; the commission of a crime, particularly one involving dishonesty; unfitness, whether due to old age, habitual drunkenness, want of ability or other cause; permanent or long-continued absence from the State; the showing of favoritism to one or more beneficiaries; [and] unreasonable or corrupt failure to co-operate with his co-trustees").

(69) UTC, *supra* note 62, § 706(b).

(70) *Id.* § 105(b).

(71) Restatement (Third) of Trusts § 37 cmt. d.

(72) See Sitkoff, *supra* note 66, at 665 (noting that the more liberal removal standards of the UTC can be justified in part by the fact that modern settlors regularly provide for easier substitution of trustees).

(73) Dukeminier & Krier, *supra* note 7, at 1330-31.

(74) UTC, *supra* note 62, §§ 411(b), 706(b); Restatement (Third) of Trusts §§ 37, 65. While the Restatement allows, in principle, for a trust to be terminated without a court decree, "[a]s a practical matter [...] the trustee is under a duty to assure that all requirements of the rule are satisfied before acting on a beneficiary plan for termination or modification." *Id.* § 65, cmt. a.

(75) Dukeminier & Krier, *supra* note 7, at 1331, 1338.

(76) *Id.* at 1339-40.

(77) *Id.* at 1340-41.

(78) Dukeminier and Krier suggest the possibility of a rule terminating trusts after a given period, but then reject this option on the ground that termination might not always be in the beneficiaries' interest. *Id.* at 1341.

(79) *Id.* at 1340-41.

(80) Restatement (Third) of Trusts § 65(2).

(81) Dukeminier & Krier, *supra* note 7, at 1341.

(82) *Id.* This is designed to avoid triggering I.R.C. § 2041(a)(3) (1994). See Treas. Reg. § 20.2041-1 (defining powers of appointment).

in favor of the beneficiaries' spouses or children. Dukeminier and Krier also propose that each beneficiary have the power to withdraw principal for his or her own benefit, "limited by an ascertainable standard relating to the beneficiary's health, education, support, or maintenance"(83).

Third, Dukeminier and Krier propose that the trustee be given a statutory power to terminate the trust without a lawsuit(84). Finally, Dukeminier and Krier propose that a statute "give the beneficiaries power to remove or replace a trustee at will," which would give them powerful leverage to ensure that the trustee does what the beneficiaries want(85). Dukeminier and Krier give no indication that these last two statutes would apply only after the beneficiaries known to the settlor have died. Although Dukeminier and Krier discuss these proposed statutes in their article under the heading "Default Rules"(86), the rules would in fact be mandatory and applicable to all trusts(87).

Dukeminier and Krier are not alone in suggesting that more flexible modification and termination rules might be warranted in light of the Rule's abolition(88). The specific proposals made by Dukeminier and Krier, however, are quite revolutionary. Dukeminier and Krier would limit the reach of the dead hand, but not in the same way as the traditional Rule: They would effectively leave the duration of the trust up to the beneficiaries. This is not the same as voiding interests automatically based on when they will vest, and thus the Dukeminier and Krier proposals differ in effect from the old Rule.

The statutes proposed by Dukeminier and Krier would make it impossible, as a practical matter, for a settlor to impose permanent, binding conditions on the beneficiaries' access to trust funds(89). As Dukeminier and Krier note, there are many reasons why a settlor might wish to impose restrictions on access to trust funds: for example, the settlor might fear that the beneficiaries could prove to be prone to making bad financial decisions, and might want to make those decisions in advance on the beneficiaries' behalf(90). By the use of spendthrift clauses and other provisions, estate planners can draft a trust so as to protect the beneficiaries from misfortune and prevent the beneficiaries from squandering trust funds.

In their analysis of the movement to abolish the Rule, Dukeminier and Krier do not emphasize the protective possibilities of trusts. Instead, Dukeminier

and Krier state that the movement to abolish the Rule "has little if anything to do with some wish on the part of wealthy people to control the lives of their unknown descendants; rather, it has to do with their interest in saving on federal transfer taxes imposed at the descendants' deaths, and on competition among the states to cater to that interest"(91). For this reason, Dukeminier and Krier conclude that "settlers would rather hold to the beneficial purposes of their trust than to precise terms that have come to be inconsistent with those purposes, given subsequent events"(92). In other words, Dukeminier and Krier contend that their proposals would merely implement the settlor's presumed intent.

How states should evaluate the statutes proposed by Dukeminier and Krier depends in part on what settlers are trying to accomplish with perpetual dynasty trusts. A settlor who does not wish to control access to trust funds by unborn descendants would not object to statutes giving beneficiaries and courts the power to modify or terminate the trust after all the beneficiaries known to the settlor have died. By the same token, a settlor who wants only to pass tax

Note:

(83) Dukeminier & Krier, *supra* note 7, at 1341.

(84) *Id.*

(85) *Id.* at 1342.

(86) *Id.* at 1339.

(87) As said above, Dukeminier and Krier assert that their proposed statutes "should govern when the trust instrument is inexpertly drafted." *Id.* at 1340. Dukeminier and Krier do not explain, however, how a court is to determine whether a trust instrument is "inexpertly drafted," nor do they suggest any mechanism whereby a settlor could prevent the rules from being applied. This leads one to conclude that rules would in fact be mandatory and applicable to all trusts, a conclusion that was confirmed by Krier in e-mail correspondence with the author of this Article. See E-mail from James E. Krier, Earl Warren Delano Professor of Law, University of Michigan Law School, to Joshua C. Tate, Samuel I. Golieb Fellow, New York University School of Law (May 12, 2004) (on file with author).

(88) E.g., Chester, *supra* note 62; Sterk, *supra* note 28, at 2118 ("[L]egislatures (or courts) could alter rules affecting trust modification and termination to make it easier for trust beneficiaries to terminate trusts."). Neither Chester nor Sterk proposes legislation as specific as that suggested by Dukeminier and Krier.

(89) See *infra* Part V.

(90) Dukeminier & Krier, *supra* note 7, at 1322 (discussing the arguments of Thomas Gallanis).

(91) *Id.* at 1314-15.

(92) *Id.* at 1328-29.

Saggi

savings down from one generation to another might not mind if the trustee was given a statutory power to terminate the trust, or if the beneficiaries had the power to replace the trustee⁽⁹³⁾. The proposals of Dukeminier and Krier would implement the intent of such settlors.

On the other hand, the statutes proposed by Dukeminier and Krier would defeat the intent of a settlor who does want to impose perpetual, binding conditions on access to trust funds, conditions that will apply to unborn beneficiaries as well as beneficiaries known to the settlor. Dukeminier and Krier offer courts, trustees, and beneficiaries a powerful sta-

tutory arsenal with which to wage war on that settlor's intent, if indeed such a person exists.

Thus, whether the Dukeminier and Krier reforms are intent-implementing or intent-defeating depends on what goals settlors actually have. To answer that question, we must look to empirical evidence.

Nota:

(93) Even a settlor who is concerned solely with passing down tax benefits, however, might object if the trustee had a statutory power to terminate the trust or if the beneficiaries had a statutory power to replace the trustee. Such statutes could interfere with the settlor's desire to prevent his or her property from being eroded by estate taxation. I am grateful to Lawrence Waggoner for this observation.

Trust Classification Times Four – Part II

di Robert C. Lawrence, III – Dina Kapur Sanna

SUMMARY: § 4. Grantor Trust Rules. – § 5. Non-Grantor Trusts. – § 6. Related Federal Income Tax Issues Pertaining to Foreign Corporations Held by Foreign Trusts.

§ 4. Grantor Trust Rules.

D. The Tax on Transfers to Foreign Trusts.

Except as provided otherwise in Treasury regulations, a transfer of property by a U.S. person to a foreign trust or estate is treated as a sale or exchange and the U.S. transferor is required to recognize gain equal to the excess of (i) the fair market value of the property transferred over (ii) the adjusted basis of such property in the hands of the transferor(89). Section 684(a) does not apply, however, to the extent that a person is treated as the owner of such trust under Section 671 (the grantor trust provisions)(90). The Economic Growth and Tax Relief Reconciliation Act of 2001 (the “2001 Act”)(91) has expanded the reach of Section 684 so that it applies to any transfer of property after December 31, 2009 by a U.S. person at death to a nonresident alien (as well as to a foreign trust or estate)(92).

Treasury regulations provide that the general rule of immediate recognition of gain applies even if the U.S. transferor might otherwise have been eligible to defer gain recognition under another provision of the Code. Moreover, the U.S. transferor may not recognize loss on the transfer of an asset to a foreign trust or estate, and may not offset losses in some property against gains in other property transfers(93).

Under the Treasury regulations, the term “transfer” is broadly defined to mean a direct, indirect, or constructive transfer by reference to principles under Section 679, which apply to determine whether an indirect or constructive transfer has occurred(94). However, for purposes of Section 684, the definition of “U.S. transferor” is narrower than that used for purposes of Section 679 insofar as Section 684 does not include dual resident taxpayers(95). If a U.S. person is treated as the owner

of any portion of a foreign trust under the grantor trust rules, a transfer of property from that portion will be considered a transfer by that U.S. person(96). If a U.S. person ceases to be treated as the owner of a portion of a foreign trust under the grantor trust rules, the U.S. person shall be treated as having transferred, immediately before the trust is no longer treated as being owned by the U.S. person, the assets of such portion to a foreign trust(97). This rule coordinates the application of Section 679 with 684.

If a U.S. person transfers property to a U.S. trust, and such trust becomes a foreign trust, the trust shall be treated as having transferred all of its assets to a foreign trust, and the trust will be required to recognize gain on the transfer unless an exception applies at that time (e.g., the U.S. person is living at the time of the trust's change in status and is treated as the owner of the trust under the “grantor trust

Note:

Robert C. Lawrence III è avvocato in New York e direttore dell'area “Private Client” di Cadwalader, Wickersham & Taft LLP.
Dina Kapur Sanna è avvocato in New York e Senior Associate dell'area “Private Client” di Cadwalader, Wickersham & Taft LLP.
Gli autori desiderano ringraziare Monika Jain, Associate dell'area “Private Client”, per la collaborazione nelle ricerche e nella preparazione di alcune parti di questo articolo.

© 2004 University of Miami School of Law. Questo articolo è stato predisposto in occasione del 28th Annual Heckerling Institute on Estate Planning, pubblicato da Matthew Bender & Co., Inc., del gruppo LexisNexis. Si ringraziano l'Heckerling Institute e l'Università di Miami per aver consentito la pubblicazione dell'articolo.

La prima parte del saggio è stata pubblicata in questa Rivista, 2005, 342.

(89) Code § 684(a).

(90) Code § 684(b).

(91) P.L. 107-16, 115 Stat. 38.

(92) The changes made by the 2001 Act will disappear in 2011, absent additional legislation.

(93) Treas. Reg. § 1.684-1(a)(2).

(94) Treas. Reg. § 1.684-2.

(95) Treas. Reg. § 1.684-1(b)(1).

(96) Treas. Reg. § 1.684-2(d).

(97) Treas. Reg. § 1.684-2(e)(1).

Saggi

rules”)(98). The transfer is deemed to occur immediately before, but on the same date that, the trust meets the definition of a foreign trust as set forth in the Code, but there is a relief provision for inadvertent migrations caused by failure to satisfy the Control Test(99).

Under the regulations, the following types of transfers are excepted from the general rule of gain recognition(100):

- The transfer by a U.S. person to a foreign trust to the extent that any person is treated as the owner of the trust under Section 671(101).
- The transfer by a U.S. person to a foreign trust that is described in Section 501(c)(3) without regard to the requirements of Section 508(a).
- The transfer by reason of the death of the U.S. transferor if the basis of the property in the hands of the foreign trust is determined under Section 1014(a)(102).
- The transfer of property for fair market value to a foreign trust that is not a related foreign trust as defined in Treasury regulations section 1.679-1(c)(5).
- The distribution to a foreign trust with respect to an interest held by the trust in a nontrust entity (for example, a corporation or partnership), or an interest in certain commercial trusts.
- The transfer of stock (including Treasury stock) by a U.S. corporation to a foreign trust if the U.S. corporation is not required to recognize gain on the transfer under Section 1032.

The regulations apply to transfers of property to foreign trusts after August 7, 2000.

1. Example.

• Suppose that a U.S. citizen living abroad creates and funds a foreign trust. The trust is a discretionary sprinkle trust for the U.S. citizen's adult children, all of whom are U.S. citizens. The trust is a defective grantor trust because the U.S. citizen retains no taxable powers over the trust but Section 679 still treats him as the owner under the grantor trust rules because the trust has U.S. beneficiaries. The U.S. citizen decides to give up his U.S. citizenship. The act of giving up U.S. citizenship (expatriation) is a Section 684 event which would cause the grantor to recognize gain immediately prior to the loss of citizenship. Under the current law, the grantor can avoid such gain if he were to create

another foreign trust, which qualified for the revocable trust exception, and cause the trustee to make a distribution to such other trust immediately prior to his expatriation. However, this technique will not be available after December 31, 2009 because the 2001 Act changed the statute by requiring a U.S. person to be treated as the owner of the trust in order for the exception to apply.

§ 5. Non-Grantor Trusts.

A. In General.

If a trust is not treated as a grantor trust, it is a foreign non-grantor trust. A foreign non-grantor trust is subject to U.S. federal income tax on (i) income that is, or is treated as, effectively connected with the conduct of a trade or business within the United States(103) and (ii) subject to certain exceptions, U.S. source income that is not associated with a U.S. trade or business and that is fixed or determinable annual or periodical income (“FDAP Income”)(104). FDAP Income generally includes interest, dividends, rents, salaries, wages, premiums, annuities, compensations, remunerations, royalties, copyrights and like property. The tax on FDAP Income is collected by withholding at the source(105) and is

Note:

(98) Treas. Reg. § 1.684-4(a).

(99) Treas. Reg. § 1.684-4(c).

(100) Treas. Reg. § 1.684-3.

(101) Although not addressed specifically in the regulations, the preamble thereto indicates that the general rule of Section 684 should not apply to the extent that any person (including a foreign person) is treated as the owner of the foreign trust under Section 671 of the Code. However, the 2001 Act has amended Section 684 to make clear that for transfers after December 31, 2009, this exception is limited to instances where a U.S. person is treated as the owner of the foreign trust.

(102) Note, however, that the 2001 Act eliminates the basis step-up rule of Section 1014(a) for transfers made after December 31, 2009 by replacing it with a modified carry-over basis regime. The regulations do not take into account the changes made by the 2001 Act and it is unclear how they will coordinate their application with the Act.

(103) A non-U.S. person would be treated as engaged in a trade or business in the United States if the individual or a noncorporate entity of which the non-U.S. person is a member conducts a trade or business in the United States.

(104) Code § 871(a)(1); Treas. Reg. § 1.871-7(b); see also Treas. Reg. §§ 1.1441-2(a)(1), 1.1441-2(a)(2). FDAP Income does not generally include income derived from the sale of property in the United States. Treas. Reg. § 1.1441-2(a)(3).

(105) Code §§ 1441(a), 1442(a).

imposed on gross FDAP Income, without the benefit of deductions(106). The 30 percent rate might be reduced or eliminated by a bilateral income tax treaty. Also, certain interest payments to non-U.S. persons, not effectively connected with the conduct of a trade or business in the United States, are exempt from withholding(107).

Distributions from a foreign non-grantor trust are taxable to a U.S. beneficiary and subject to information reporting requirements.

B. Taxation of U.S. Beneficiaries of Foreign Non-Grantor Trusts.

1. In General.

Trusts are classified, for U.S. federal income tax purposes, as simple or complex(108). A simple trust is one that, for any tax year, is required by its terms to distribute its entire net income currently and does not distribute any principal that year(109). A complex trust is one that is not required to distribute all its income currently or that makes principal distributions during a given year. A trust can be a simple trust one year and a complex trust in another year. Although a foreign trust is treated as a separate taxpayer and, when required, must file tax returns and pay taxes, the trust generally receives a deduction for any income it distributes, or is required to distribute, to a beneficiary. The beneficiary includes the income distributed, or required to be distributed, in his or her gross income. For U.S. federal income tax purposes, such distributions are measured by the trust's distributable net income ("DNI").

DNI is the taxable income of a trust, subject to certain adjustments(110). It serves as a ceiling for both the amount of a trust's deduction for income distributed to its beneficiaries and the amount taxable as income to its beneficiaries(111). In the case of a foreign trust, DNI consists of taxable income subject to a number of modifications, including the disallowance of a deduction for distributions to beneficiaries and the inclusion of the excess of gains from the sale of capital assets over losses. If a complex trust were not to distribute (or if it were not deemed to have distributed) principal or income to the extent of all its DNI in any tax year(112), it would have undistributed net income ("UNI")(113). Any distribution by a trust to its beneficiaries in a subsequent year in excess of the

DNI for the then current tax year is treated as an "accumulation distribution"(114) and is taxed to the beneficiaries under the "throwback" rules.

As stated above, distributions of UNI by foreign non-grantor trusts are treated as accumulation distributions and taxed pursuant to the "throwback" rules. Very generally, the throwback rules are designed to tax accumulation distributions to the beneficiary at a rate equal to that which he or she would have paid had the income been distributed to him or her in the year it was earned by the trust. Thus, at the time of a distribution, a U.S. beneficiary of a complex foreign non-grantor trust would be subject to tax first on the trust's then current DNI (to the extent consisting of its taxable income) and, if the distribution were to exceed DNI, then on the trust's UNI, if any, as determined in accordance with such throwback rules(115). A three-out-of-five-year averaging method is utilized to calculate the tax under the throwback rules.

It is important to emphasize again that realized capital gains are included in a foreign non-grantor trust's DNI(116) and, if not distributed in the year earned, become part of UNI in which case such capital gains do not retain their character as capital gains income. This tax treatment results in the

.....
Note:

(106) Id. Code § 871(a)(1); Treas. Reg. §§ 1.871-7(a)(2), 1.871-7(a)(3).

(107) The exemptions are not discussed herein.

(108) Treas. Reg. §§ 1.651(a)-1, 1.661(a)-1.

(109) Code § 651(a).

(110) Code § 643(a).

(111) Code §§ 651(b), 652(a), 661(a), 662(a).

(112) Section 663(b) provides that the trustee may elect to have any distribution made within sixty-five days of the end of the trust's tax year deemed to be a distribution made in the prior year.

(113) Code §§ 663(b), 665(a).

(114) Code § 665(b). Distributions that do not exceed trust accounting income in the year in which made are not accumulation distributions.

(115) With careful planning, the adverse effects of the throwback rules can be minimized and, in some cases, altogether eliminated. For example, if a foreign non-grantor trust has both U.S. and foreign beneficiaries, an accumulation distribution could be made to the foreign beneficiaries and thereby "strip" the trust of its UNI. In a later year, when a distribution is made to a U.S. beneficiary, it would be deemed to come from DNI first and then from principal.

(116) Code § 643(a)(6)(C).

Saggi

conversion of capital gains to ordinary income for purposes of the application of the throwback rules(117).

In addition to the income tax imposed on accumulation distributions, a nondeductible interest charge is imposed(118). Until the passage of the 1996 Act, the tax attributable to any accumulated distribution was subject to an annual simple interest charge of 6 percent. The 1996 Act changed the interest rate charged on the tax attributable to accumulation distributions for periods of accumulation after December 31, 1995, from 6 percent to a compounded floating market rate applied by the Internal Revenue Service to underpayment of tax under Section 6621 of the Code. Under prior law, when computing the interest charge on the tax, the distribution was allocated to the earliest years in which the trust had undistributed net income. Now, the distribution is allocated proportionately to prior trust years in which the trust had undistributed net income. A weighted average method is used to determine the period for which interest is charged(119). Simple interest continues to accrue at the rate of 6 percent for periods of accumulation through 1995.

2. Exceptions to the General Rule.

a. Specific Gifts Payable in Three or Fewer Installments.

If the trust instrument requires that a distribution of a specific sum of money or of specific property be made to the beneficiary and does not mandate its payment in more than three installments, such distribution is not taxable to the U.S. beneficiary(120). It is important to note that a specific sum that can be distributed from only the income of the trust will not qualify for this exception.

b. Distributions In Kind.

In general, distributions of property, other than cash (but not including a distribution of appreciated property in satisfaction of a fixed dollar amount) are included in the U.S. beneficiary's income at the lesser of (i) the trust's tax basis in the distributed property, or (ii) the fair market value of the property at the time of the distribution(121). The trustee may elect to treat the distribution as a sale or exchange, in which case the trust will recognize gain or loss, and the amount of the distribution to the U.S.

beneficiary will be the fair market value of the property.

c. Example.

Suppose a trust mandates that upon the death of the grantor, the beneficiary should receive \$250,000. If the trustee distributes this amount to the beneficiary all at once, the beneficiary is not taxable on it because of the exception that applies to specific sums payable in less than three installments. If, however, the trustee were to distribute appreciated assets to the beneficiary in satisfaction of such dollar amount, the trust would recognize gain, which would factor into the computation of DNI. However, the distribution to the beneficiary would not carry out DNI because of the specific sum exception and the beneficiary would take a fair market value basis in the distributed asset.

3. Loans of Cash and Marketable Securities.

Section 643(i) of the Code, enacted by the 1996 Act, provides that if a foreign trust makes a loan of cash or marketable securities directly or indirectly to any grantor or beneficiary or to any related person who is a U.S. person, the amount of the loan is treated as a distribution by the trust to such grantor or beneficiary(122). However, in the legislation, Congress authorized Treasury and the Internal Revenue Service to exercise regulatory authority to create an exception to this treatment for certain

Note:

(117) Code § 667(a). The Jobs and Growth Tax Relief Reconciliation Act of 2003 (the "2003 Act") reduces the long-term capital gains rate from 20% to 15%, and the maximum marginal rate on ordinary income from 38.6% to 35%. The reduction in the long-term capital gains rate is effective for sales and exchanges on and after May 5, 2003 and on or before December 31, 2008, while the reduction in the ordinary income tax rate is effective for taxable years 2003 through 2010. In 2009 and in 2011, the long-term capital gains rate and the maximum marginal rate will revert to 20% and 38.6%, respectively, absent additional legislation.

(118) Code §§ 668(a), (c).

(119) Code §§ 668(a)(1)-(6).

(120) Code § 663(a)(1).

(121) Code § 643(e).

(122) A person is related to another person for purposes of applying this rule if the constructive ownership rules of Sections 267 or 707(b) of the Code result in the disallowance of losses. For purposes of applying Section 267, Section 267(c)(4) is applied to include the spouses of family members. If a person is related to more than one person under these rules, the grantor or beneficiary who is treated as having received a distribution shall be determined by regulation.

arm's length loans. Although no regulations have been issued to date, in Notice 97-34 an exception to the general rule was announced for loans issued in consideration for "qualified obligations" from the grantor, beneficiary or related person. Thus, if an obligation satisfies the requirements of a qualified obligation, the amount of the loan will not be treated as a distribution to the grantor or beneficiary(123). It is important to note the Clinton Administration had initially proposed that the 1996 legislation treat any use of the assets of a foreign trust as a constructive distribution to the beneficiary in an amount equal to the fair market value of the use of the property, assuming no consideration was paid to the trust. After commentators warned that such a provision would be unfeasible to administer, the provision was dropped and, as stated above, the statute as enacted deals with only loans of cash and marketable securities.

a. Example.

Suppose a foreign non-grantor trust with a U.S. beneficiary owns a luxury yacht which it allows the U.S. beneficiary to use from time to time. Is the use of the yacht (for which the U.S. beneficiary does not compensate the trust) a constructive distribution to the U.S. beneficiary? Based on the legislative history and the express provisions of Section 643(i), the use by a U.S. beneficiary of the assets of a foreign non-grantor trust should not be treated as a distribution for U.S. federal income tax purposes.

4. *The Intermediary Rule.*

The 1996 Act added Section 643(h), which applies to indirect distributions from a foreign trust to a U.S. beneficiary. The rule treats amounts received in excess of \$10,000 (U.S.) by a U.S. beneficiary from a foreign person (intermediary) who is not the grantor of a foreign trust as having been transferred directly by the trust to the U.S. beneficiary(124). The rule applies only if the intermediary received the property from the foreign trust pursuant to a plan, one of the principal purposes of which was the avoidance of U.S. tax.

A transfer of property will be deemed to have been made pursuant to a plan, one of the principal purposes of which was the avoidance of U.S. tax, if *all* of certain specified factors are present. These factors are as follows:

(1) the U.S. person is related to a grantor of the foreign trust or has another relationship with a grantor of the foreign trust that establishes a reasonable basis for concluding that the grantor of the foreign trust would make a gratuitous transfer to the U.S. person;

(2) the U.S. person receives from the intermediary (within the period beginning twenty-four months before and ending twenty-four months after the intermediary's receipt of property from the foreign trust) either the property the intermediary received from the foreign trust, proceeds from such property, or property in substitution for such property; and

(3) the U.S. person cannot demonstrate to the satisfaction of the Internal Revenue Service that:

i. the intermediary has a relationship with the U.S. person that establishes a reasonable basis for concluding that the intermediary would make a gratuitous transfer to the U.S. person;

ii. the intermediary acted independently of the grantor and the trustee of the foreign trust;

iii. the intermediary is not an agent of the U.S. person under generally applicable U.S. agency principles; and

iv. the U.S. person timely complied with certain reporting requirements pertaining to the receipt of large gifts from foreign sources, if applicable, if the intermediary is a foreign person(125).

Treasury regulation section 1.643-1(h) provides that the general rule of Section 643(h) will not apply if the intermediary "is the grantor of the portion of the trust from which the property that is transferred is derived" and cross references the definition of "grantor" in Treasury regulation section 1.671-2(e). In this respect, Treasury regulation section 1.671-2(e) includes the concept of a "nominal" or "accommodation" grantor, which refers to an individual who has created or funded a trust on behalf of another person but who has made no gratuitous transfers to the trust to cause such individual to be treated as the owner of the trust under the grantor trust rules. Although it is not

Note:

(123) The requirements for a qualified obligation have been discussed in detail in the accompanying text under "U.S. Grantor."

(124) Code § 643(h) and Treas. Reg. § 1.643(h)-1.

(125) Treas. Reg. § 1.643(h)-1(a)(2).

Saggi

entirely clear, it appears the grantor exception to the intermediary rule is intended to apply only when the grantor is also treated as an owner of the trust under the grantor trust rules.

a. Example.

Suppose that a nonresident has a daughter who is a U.S. resident and a son who is a nonresident alien. The nonresident establishes a foreign non-grantor trust for her children. The trust makes a distribution of stock to the son. Six months later, the son makes a gift to his sister of shares of stock in a different corporation that have a value equivalent to that of the stock distributed to him from the trust. Does the intermediary rule apply? According to Example 5 of Treasury regulation section 1.643(h)-1(g), if the sister is unable to prove that her brother acted independently of their mother and the trustee in making the gift to her, the gift would be treated as a direct distribution to her from the foreign non-grantor trust.

C. Reporting Requirements Applicable to U.S. Beneficiaries of Foreign Trusts (both Grantor and Non-Grantor).

Section 641(b) of the Code provides that a foreign trust will be treated as a nonresident alien individual who is not present in the United States at any time. Treasury regulation Section 1.6012-1(b)(2) provides that a nonresident alien individual is not required to file a return if he or she is not engaged in a U.S. trade or business and his or her tax liability is fully satisfied by the withholding of tax at source. Thus, if the foreign trust is not engaged in a U.S. trade or business and its tax liability is fully satisfied by withholding, the trustee would not be required to file a U.S. federal income tax return with respect to the trust. However, any U.S. beneficiary who receives a distribution from a foreign trust is required to file Form 3520 and obtain a Foreign Grantor Trust Beneficiary Statement or Foreign Non-Grantor Trust Beneficiary Statement, as the case may be, from the trustee⁽¹²⁶⁾.

The information required to be included in a Foreign Grantor Trust Beneficiary Statement includes: the first and last day of the trust's taxable year; an explanation of the facts and law that establishes that the foreign trust is a grantor trust; a statement identifying whether the grantor of the foreign trust is an individual, trust, corporation or

partnership and whether the grantor is a U.S. person or a foreign person; a description of the property (including cash) distributed or deemed distributed to the U.S. beneficiary during the tax year and the fair market value of such property; and a statement that upon request, the trustee will permit the Internal Revenue Service or the U.S. beneficiary to inspect such of the trusts books and records as are necessary to establish the appropriate treatment of any distribution or deemed distribution for U.S. federal tax purposes or, if the trust has appointed a U.S. agent, proper identification of such agent.

The information required to be included in a Foreign Non-Grantor Trust Beneficiary Statement includes: the first and last day of the trust's taxable year; a statement identifying whether any grantor of the trust is an individual, trust, corporation or partnership and whether the grantor is a U.S. person or a foreign person; a description of the property (including cash) distributed or deemed distributed

Nota:

(126) Section 6048(c)(2) provides that any distribution from a foreign trust, whether of income or principal, to a U.S. beneficiary will be treated as an accumulation distribution includible in the gross income of the U.S. beneficiary if adequate records are not provided to the Internal Revenue Service to determine the proper treatment of the distribution. A U.S. beneficiary will not be required to treat the entire distribution as an accumulation distribution if the U.S. beneficiary obtains from the trustee of the foreign trust a Foreign Grantor Trust Beneficiary Statement (or a Foreign Non-Grantor Trust Beneficiary Statement) with respect to the distribution. (Note that if the U.S. beneficiary is not able to obtain a Beneficiary Statement from the trust, Form 3520 allows the U.S. beneficiary to avoid treating the entire amount received as an accumulation distribution if the U.S. beneficiary can provide certain information regarding actual distributions from the trust for the prior three years under a so-called "default method." Under this default method, a portion of the distribution will be treated as a current distribution based on the average of distributions received from the trust over the prior three years, with only the excess amount of the distribution treated as an accumulation distribution.)

The reporting requirements can be minimized in the case of a foreign grantor trust if the trust were to make a distribution to the foreign grantor who, in turn, made a gift of the proceeds to the U.S. beneficiary in reliance on the grantor exception to the intermediary rules. In this case, reporting requirements apply only if the U.S. donee received gifts from foreign individuals or foreign estates, which exceed, in the aggregate, \$100,000 (U.S.) in a taxable year. See I.R.S. Notice 97-34, 1997-1 C.B. 422. Form 3520 requires the U.S. donee to identify separately each gift in excess of \$5,000 (U.S.), but does not require identification of the foreign donor.

Reporting requirements also apply in respect of gifts received by a U.S. donee from foreign corporations or foreign partnerships, which, in the aggregate, exceed \$10,000 in a taxable year (this base amount is indexed for inflation and is equal to \$11,827 (U.S.) in 2003). See Code § 6039F. Additionally, purported gifts from foreign corporations or partnerships in excess of the threshold amount are subject to recharacterization as potentially taxable distributions under Section 672(f)(4) and should therefore be avoided. Form 3520 requires the U.S. donee to identify each gift and each donor.

to the U.S. beneficiary during the tax year and the fair market value of such property; an explanation of the appropriate tax treatment of any distribution or deemed distribution for U.S. federal tax purposes, or sufficient information to enable the U.S. beneficiary to establish such appropriate tax treatment; and a statement that upon request, the trustee will permit the Internal Revenue Service or the U.S. beneficiary to inspect such of the trust's books and records as are necessary to establish the appropriate treatment of any distribution or deemed distribution for U.S. federal tax purposes, or, if the trust has appointed a U.S. agent, proper identification of such agent(127).

§ 6. Related Federal Income Tax Issues Pertaining to Foreign Corporations Held by Foreign Trusts.

A. In General.

There are some U.S. federal income tax provisions, referred to as the “anti-avoidance provisions,” that subject the U.S. shareholders of certain foreign corporations, which earn a significant portion of their income from passive investments, have significant U.S. ownership, or both, to current U.S. federal income tax in respect of the foreign corporation’s income. That is, under certain of the anti-avoidance provisions, U.S. federal income tax is imposed on the U.S. shareholders with respect to the income earned by the foreign corporation regardless of whether such income is actually distributed to the U.S. shareholders. The anti-avoidance provisions contain various stock ownership attribution rules that are more likely to apply when stock is held directly or indirectly (such as through a trust) by related individuals because certain stock ownership rules can impute stock ownership (direct or indirect) from one individual to other related individuals. Specifically, there are three sets of anti-avoidance provisions: (1) the foreign personal holding company (“FPHC”) rules; (2) the controlled foreign corporation (“CFC”) rules; and (3) the passive foreign investment company (“PFIC”) rules. Each set of anti-avoidance rules is briefly summarized below. The anti-avoidance provisions are complex and the following discussion is intended to be only a brief introduction to the broad general classification of certain foreign corporations.

B. FPHC Provisions.

A foreign corporation is a FPHC if it satisfies both a stock ownership and a gross income test(128). The stock ownership test is met if, after applying certain constructive ownership rules, more than 50 percent by vote or value of the outstanding stock is owned at any time during a taxable year, by or for not more than five individuals who are U.S. citizens or residents. Under the indirect and constructive ownership rules, (1) stock owned directly or indirectly by or for a corporation, partnership, estate or trust is considered owned proportionately by its shareholders, partners or beneficiaries respectively, and (2) stock owned directly or indirectly by or for an individual’s partner or by or for certain members of an individual’s family, including his brothers and sisters, spouse, ancestors and lineal descendants, is considered to be owned by the individual(129). However, stock owned by a nonresident alien individual (other than a foreign trust or foreign estate) is not treated as owned by a U.S. citizen or resident alien member of such person’s family, other than such person’s spouse, if the U.S. citizen or resident alien does not otherwise own, directly or indirectly, stock in such corporation(130). Thus, for example, where a nonresident alien owns 100 percent of the stock of a foreign corporation and is married to a U.S. citizen or resident, the foreign corporation would constitute a FPHC as a result of the constructive ownership rules. This result would be different, however, if the nonresident alien was unmarried but had siblings who were U.S. citizens or residents and who did not otherwise own stock.

A foreign corporation meets the FPHC gross

.....
Note:

(127) See Form 3520; I.R.S. Notice 97-34. A U.S. agent is a U.S. person that has a binding contract with a foreign trust that allows the U.S. person to act as the trust’s authorized U.S. agent, for purposes of applying Sections 7602, 7603, and 7604 of the Code, with respect to a request by the Internal Revenue Service to examine records or produce testimony, or a summons by the Internal Revenue Service for such records or testimony.

(128) Code § 552(a).

(129) Code § 554.

(130) Code § 554(c)(1).

Saggi

income test if at least 60 percent of its gross income (or 50 percent in years subsequent to the year of initial FPHC status under certain circumstances) consists of FPHC income. For purposes of the FPHC provisions, FPHC income generally includes:

- i. dividends, interest, royalties and annuities;
- ii. net gains from the sale or exchange of stock, securities, or certain commodity futures contracts;
- iii. income from an estate or trust, or from the sale of an interest therein;
- iv. certain personal services contract income if the personal services are performed by a 25 percent shareholder and certain other income from the use of corporate property by a 25 percent shareholder; and
- v. rents, if they are less than 50 percent of gross income(131).

If a corporation is classified as a FPHC, each year the U.S. shareholders generally must include in their gross incomes, as a dividend, their proportionate shares of the undistributed income of the foreign corporation. The U.S. shareholders will receive a corresponding increase in the basis of their shares of a FPHC when this income inclusion occurs, and they, generally, should not be taxed on any actual subsequent distribution of such income. In determining a U.S. shareholder's proportionate share of corporate income, only direct and indirect stock ownership is taken into account - the constructive ownership rules are generally ignored for these purposes. Under the indirect ownership rules, FPHC stock held by a foreign partnership, estate, trust or corporation is considered as being owned proportionately by each of such foreign entity's partners, beneficiaries, or stockholders for FPHC income inclusion purposes. In the case of a discretionary trust, the Internal Revenue Service considers various factors in allocating the ownership interests in the FPHC stock among the U.S. beneficiaries of the discretionary trust. These factors include, but are not limited to: (1) the pattern of past distributions, (2) appropriate mortality assumptions, (3) the trustee's fiduciary duties, and (4) the relationships among the trustees and beneficiaries(132). Since a U.S. shareholder of a FPHC has to treat his or her share of the undistributed income of the FPHC as a dividend, all of such income is taxed at ordinary income tax rates (currently the maximum marginal federal income tax rate is 35 percent). This result is disadvantageous to a U.S. shareholder because if he or she were to

hold the assets of the corporation directly, rather than through a foreign corporation, capital gains derived therefrom could be eligible for the preferential federal long-term capital gains tax rate (currently 15 percent).

C. CFC Provisions.

A CFC is defined as a foreign corporation that has more than 50 percent of either the vote or the value of its stock owned (or treated as owned) by U.S. shareholders(133). For these purposes, a "U.S. shareholder" is defined to include any U.S. person (including a U.S. citizen or resident) who owns, directly, indirectly (*e.g.*, through an interest in a trust), or constructively, 10 percent or more of the voting stock of the foreign corporation(134). The U.S. shareholders of a CFC are subject to current U.S. federal income taxation, at ordinary income tax rates, on their proportionate shares of the corporation's "Subpart F income"(135). Subpart F income is defined to include most passive types of income such as dividends, interest, royalties, rents, annuities, net gains (not net losses) from trading in stocks and securities, net gains from certain commodities transactions and certain foreign currency gains. It is important to note, however, that certain types of operating income can also constitute Subpart F income. An inclusion of Subpart F income results in a basis increase to the shareholder's tax basis in the stock of the CFC. Distributions of previously taxed Subpart F income would not be taxable to the shareholder a second

Note:

(131) Code § 553(a).

(132) Priv. Ltr. Rul. 9024076 (March 21, 1990). In this ruling, each beneficiary was treated as owning an income interest in the trust in the same proportion that the amount of distributions he or she received bore to the total amount of distributions made by the trustee. Each beneficiary's income interest could then be determined on an actuarial basis with reference to appropriate mortality tables as if the trustee were required to distribute the income to the beneficiary over the remainder of his or her life. Pursuant to Section 6110(k)(3) of the Code, a private letter ruling may not be used or cited as precedent. However, it is often useful as indications of the ruling policy of the National Office.

(133) Code § 957(a).

(134) Code § 951(b).

(135) U.S. shareholders are also subject to current taxation on their pro rata shares of certain other types of income, such as the CFC's increase in earnings invested in U.S. property for the taxable year.

time when actually distributed to the CFC shareholders.

To the extent that income earned by any foreign corporation is taxed under the CFC provisions of the Code, a priority or coordination rule ensures that such income will not again be subject to tax under the FPHC provisions described above.

Under the CFC rules, there is no attribution from a nonresident alien individual family member to a U.S. citizen(136). The CFC rules provide that a stock owned, directly or indirectly, by or for a foreign trust will be considered as being owned "proportionately" by its beneficiaries(137). The Treasury regulations apply a facts and circumstances test to determine a beneficiary's proportionate interest in a trust(138). While U.S. beneficiaries may be viewed as U.S. shareholders by reason of the constructive ownership rules, only direct and indirect ownership of stock is taken into account for purposes of determining Subpart F income that should be included in the income of the U.S. shareholders (*i.e.*, the constructive ownership rules are ignored)(139). In this respect, Section 958(a) of the Code provides that stock owned by a foreign trust is considered owned by the beneficiaries of that trust in proportion to their interest in the trust, which is determined by facts and circumstances (as opposed to Section 958(b), which employs an actuarial interest test)(140). The operation of the test is straightforward when the beneficiaries of a foreign non-grantor trust have fixed interests in the trust. Applicable guidance(141) provides that trust or usufruct beneficiaries(142) who are entitled to receive all current income therefrom should be treated as owning all of the stock owned by the trust or usufruct, as the case may be, for purposes of Section 958(a), and the remainder beneficiaries should be treated as owning nothing(143). However, there is little guidance when the trust in question is a discretionary trust with multiple beneficiaries who have no fixed interest in the income or principal of the trust(144).

D. PFIC Provisions.

A PFIC generally is defined to include any foreign corporation where, for a given taxable year, the foreign corporation either derives 75 percent or more of its gross income from passive sources, or, 50 percent or more of the foreign corporation's assets

produce passive income or are held for the production of passive income(145). All U.S. shareholders of a PFIC, regardless of their percentage of stock ownership and whether such ownership is direct or indirect (such as through a trust), generally are subject to U.S. federal income tax, at ordinary income tax rates, on any gain from the direct or indirect sale or exchange of, and certain direct or indirect distributions in respect of, their stock in the PFIC(146). More specifically, any such gain or distribution will be allocated pro rata among the years that the U.S. person holds the stock of the corporation. With respect to any PFIC, any such amount allocated to the year of the disposition or distribution will be subject to tax at ordinary income tax rates for the year of the disposition or distribution. Any amount allocated to a year other than the year of the disposition or distribution will be taxed at the highest marginal rate, personal or corporate, in effect for that year, and an interest

.....
Note:

(136) Code § 958(b)(1).

(137) Code § 958(a)(2).

(138) Treas. Reg. § 1.958-1(c)(2).

(139) Code § 958(a); See also *Textron Inc. v Commissioner*, 117 T.C. 67 (2001).

(140) See Treas. Reg. § 1.958-1(c)(2).

(141) Field Service Advisory 199952014 (September 23, 1999); see also Priv. Ltr. Rul. 8748043 (September 1, 1987). A field service memorandum is not binding on Examination or Appeals and is not a final case determination.

(142) Under Netherlands law, a usufruct is an interest under which a usufructuary (the beneficiary) is entitled to the use and enjoyment of the assets subject to the usufruct during the usufructuary's lifetime, and is obligated to preserve the capital for the remaindermen.

(143) By contrast, if the actuarial test were applied, the remainder beneficiaries would be deemed to own stock in the corporation based on factors and methods prescribed in Treasury regulation section 20.2031-7 (Estate Tax Regulations).

(144) The Treasury regulations deal with a simple fact pattern. Example 3 of Treasury regulation section 1.958-1(d) describes a non-U.S. trust, the income of which is to be divided into three equal shares. Each beneficiary's share of the income may be distributed or accumulated to or for the benefit of the beneficiary in the discretion of the trustee. Upon termination of the trust, the trustee distributes to each beneficiary, his or her one-third share of principal and accumulated income. The trust owns 90 percent of a non-U.S. corporation. Under these facts, each beneficiary is considered to own 30 percent of the stock of the corporation.

(145) Code § 1297(a).

(146) Code § 1291.

Saggi

charge will apply. The PFIC rules contain attribution rules which provide that a beneficiary of a foreign trust will be considered as owning a proportionate amount of the stock that is owned, directly or indirectly, by the trust(147). Neither the statute nor the corresponding Treasury regulations (which have been in proposed form since 1992) elaborate on how to calculate a beneficiary's proportionate interest in a discretionary trust, except to indicate that a facts and circumstances test should be employed, taking into account the purposes of the statute(148).

A U.S. shareholder can prevent the application of the above-described PFIC rules by making what is known as a qualified electing fund ("QEF") election. If a QEF election is made, the electing U.S. shareholder must take into account his or her pro rata share of the PFIC's ordinary income and net capital gains. PFIC income inclusion retains the character of the income (ordinary or capital gain) as earned by the corporation(149). A QEF election can also preserve the possibility of capital gains tax treatment under certain circumstances upon the disposition of a U.S. shareholder's stock in the corporation. A QEF election may be made for any year during which PFIC stock is owned, but, in order to maximize the benefit of a QEF election, a U.S. shareholder generally is required to make the election by the due date (determined with extensions) for filing his or her U.S. federal income tax return for the first year that he or she was a holder of the PFIC stock. If no QEF election is made or if the QEF election is not made for the first year of the U.S. shareholder's holding period, gains on the

disposition of PFIC stock will be subject to tax at ordinary income tax rates (plus an interest charge).

To the extent that a U.S. shareholder's share of PFIC or QEF income is subject to taxation under the FPHC or CFC regimes, such income generally will not again be subject to taxation under the PFIC or QEF regimes. Moreover, for taxable years beginning after December 31, 1997, a "U.S. shareholder" (defined in the CFC rules as the direct, indirect or constructive owner of 10 percent or more of stock) of a foreign corporation that is both a CFC and a PFIC, will not be subject to the PFIC rules. However, any income that might escape taxation under the FPHC or CFC regimes would be subject to tax under the PFIC or QEF rules.

Unlike the FPHC or CFC rules, PFIC status is determined on the types of assets held, and gross income derived, by the corporation and not by the citizenship or residency of its shareholders. Thus, it is conceivable for a foreign corporation to be treated as a PFIC even though the requisite U.S. ownership tests of more than 50 percent under the FPHC and CFC rules are not met.

(omissis)

.....
Note:

(147) Code § 1298(a)(3).

(148) Prop. Treas. Reg. §§ 1.1291-1(b)(8)(iii)(C); - 1(b)(8)(i).

(149) It should be noted that although the QEF election is often thought of as making the corporation, with respect to which the election is made, a pass-through entity for the electing U.S. shareholder, only gains, not losses, pass through the corporation to the shareholder.s

Panorama di giurisprudenza recente sui trust

di Mark Bridges

SUMMARY: § 1. Trustees: Rectification, Variation and other Matters. – § 1.1. Rectification in Jersey. – § 1.2. Variation in the United States. – § 1.3. The Jersey Court Removes a Protector. – § 2. Beneficiaries and Information. – § 2.1. Beneficiaries and Trust Documents in New Zealand. – § 2.1.1. *Schmidt v Rosewood Applied*. – § 2.1.2. *Hunt v Muollo*. – § 2.2. Legal Privilege and International Trusts in the Cook Islands. – § 3. Other Matters Relating to Beneficiaries. – § 3.1. Beneficiaries and Bare Trusts. – § 4. Trustees. – § 4.1. Does *Hastings-Bass* Apply in Jersey? – § 4.2. More *Hastings-Bass* in England. – § 4.3. Appointment of New Trustees. – § 4.4. Remuneration: is it Authorised? – § 4.5. Trustees Remuneration; Repayable in the Event of Breach of Trust? – § 4.6. Fraud on a Power. – § 4.7. Trustees and Conflicts of Interest.

After a period in which the courts of the world have been busy varying and rectifying trust deeds there have been fewer such cases in the last year or so.

§ 1. Trustees: Rectification, Variation and other Matters.

§ 1.1. Rectification in Jersey.

An application was made to the Jersey court for rectification of a trust deed in *Re the MJB/SJB Amethyste Trust*(1). Here a trust had been established upon accumulation and maintenance trusts for the benefit of the grandchildren of the settlor. However, the settlor and his advisors were anxious to avoid the deeming provisions charging English capital gains tax upon certain types of overseas settlements. The trust deed therefore excluded from benefit any person upon whom such tax might be assessed. This included the settlor's grandchildren, leaving a trust with no beneficiaries. An application was made to the Jersey court to confirm that the grandchildren were beneficiaries, and were not to be excluded from benefit.

The Deputy Bailiff looked to *Re the Westbury Settlement*(2) which set out a four stage test to determine whether rectification was appropriate:

“(1) There must be sufficient evidence of the error;

(2) it must be established to the highest degree of civil probability that a genuine mistake has been made;

(3) there must be full and frank disclosure; and

(4) there should be no other remedy, that is to say no practical remedy”.

It was held that in this case the test was satisfied, and the necessary rectification was ordered.

§ 1.2. Variation in the United States.

The United States Court of appeals for the Fourth Circuit heard an appeal from Connecticut in *Maltas (as personal representative of the estate of Richard B Maltas) v Maltas and another*(3). While the judgement is short and cites very little legal argument, it looked at a variation of an express trust deed and had to decide whether it had full effect. In the end the court further varied the express deed of variation.

A father, Ben, made money available to his son (Michael) so that Michael could purchase a house. This was done upon terms that Ben would also live in the house, and that Michael and his family would look after Ben. A deed was subsequently entered into to protect Ben's interests. Later Michael sought to refinance his house, and the deed prevented the grant of the necessary security. Ben released the encumbrance to allow the refinancing exercise to proceed.

The house was later sold, and the question arose as to whether Ben's estate (Ben having meanwhile

Note:

Mark Bridges è solicitor in Londra, Farrer & Co.

Il testo riproduce una parte del rapporto presentato dall'autore al XVI incontro annuale di International Trust & Tax Planning, Miami, 25-27 ottobre 2004.

(1) 5 ITEL 372.

(2) 2001 3 ITEL 699.

(3) 5 ITEL 901; in questa Rivista, 2004, 423.

Saggi

died) was entitled to any share. The court upheld the original trust agreement.

§ 1.3. The Jersey Court Removes a Protector.

For many years now many Settlers have appointed Protectors to exercise certain functions within a Trust, often aimed at seeking to control the actions of Trustees by requiring the approval of Protectors, or enabling the Protector to dismiss the Trustee. There has been much debate about the extent of any fiduciary duty which may attract to a Protector in the exercise of his powers. A rather different problem came before the Royal Court in Jersey in *Mourant & Co Trustees Limited v Magnus and others*(4).

Here the Trust Deed appointed a Protector whose consent was required for the Trustees' exercise of certain powers to be valid. The trust deed provided a requirement for a "prescribed consent", which was defined 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".

There was a further provision which dealt with the appointment and removal of the Protector by the Trustee:

"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".

The Protector of this Settlement committed serious criminal offences, which included a conviction for fraud by a Belgian Court and a sentence of a term of imprisonment. His fraudulent activities included the misappropriation of part of the Trust Fund, although this was later recovered. The Protector subsequently disappeared, and could not be found. He was not insolvent, and there was no evidence that he was a lunatic or of unsound mind.

The Trustees asked the Court to remove the Protector. The Trusts (Jersey) Law 1984 as amended confers no express power upon the Court enabling it to remove a Protector. The Royal Court here had little difficulty in deciding that as it had long held jurisdiction to remove a Trustee it would extend that jurisdiction to remove the Protector.

The Court also allowed an application by the Trustee, to which the Settlor consented, that no replacement Protector should be appointed and that the Trust Deed should be varied so that henceforth no prescribed consent should be required.

§ 2. Beneficiaries and Information.

The most significant recent case involving beneficiaries has been the decision of the Privy Council in *Schmidt v Rosewood*(5). This case has, rightly, received much attention and comment; see, for example, the Nottingham lecture delivered by Lord Hoffman at this conference in September 2003. There have been some cases of interest, with two from New Zealand and one from the Cook Islands.

§ 2.1. Beneficiaries and Trust Documents in New Zealand.

§ 2.1.1. *Schmidt v Rosewood Applied*

The case of *Foreman and others v Kingstone and others*(6) is interesting as it provides a substantial consideration of the issues relating to beneficiaries and information after the Privy Council's judgment in *Schmidt v Rosewood*. Here the discretionary beneficiaries of a number of related discretionary trusts sought information relating to a wide range of issues. The High Court of New Zealand followed closely *Schmidt v Rosewood*, and usefully summarised the position of the court as follows:

"Their Lordships consider that the more principled and correct approach is to regard the right to seek disclosure of trust documents as one aspect of the court's inherent jurisdiction to supervise, and if necessary to intervene in the administration of trusts. The right to seek the court's intervention does not depend on entitlement to a fixed and transmissible beneficial interest. The object of a discretion (including a mere power) may also be entitled to protection from a court of equity, although the circumstances in which he may seek protection, and the nature of the protection he may

Note:

(4) 2004 JCR 056.

(5) 2003 AC 709; in questa Rivista, 2003, 586.

(6) 6 ITELR 841.

expect to obtain, will depend on the court's discretion".

In view of the importance of the issues raised by this case the requests are set out in full below, together with the Judge's decision.

"(a) All financial statements relating to the JWF Foreman Trust, Foreman Family Trust, MP Foreman Trust and estate of MP Foreman, including all material excluded from the estate accounts provided to date.

My understanding from counsel is that information in respect of the estate of MP Foreman has been provided and the relief is not pursued in that regard. The defendants are ordered to disclose to the plaintiffs all financial statements relating to the JWF Foreman Trust, Forman Family Trust and MP Foreman Trust.

(b) The basis upon which the decision was made first to vary the JWF Foreman Trust in 1994, secondly in or about 1999 to partially distribute and thirdly in 1999 to resettle the balance of the assets of the JWF Foreman Trust on the Forman Family Trust.

The precise information sought is unclear but the terms in which the relief is sought suggest that the beneficiaries are seeking the trustees' reasons for the acts referred to. The beneficiaries are not entitled to be informed of the trustees' reasons for the exercise of their discretions. The relief sought is declined.

(c) Full details of the winding up of the MP Foreman Trust in 1996, the basis upon which the MP Foreman Trust was wound up and the person or persons to whom the trust fund was paid.

To the extent that the relief sought is for accounts and accounting covering the winding up and distribution, including details of beneficiaries to whom distribution was made on the winding up of the MP Foreman Trust, I order that the accounts and information be provided. To the extent that the relief sought extends to the trustees' reasons for the decision to wind up the trust, the relief sought is declined.

(d) In respect of the estate of Mary Pat Foreman, full information as to the change of policy in respect of the application of the provisions of cl 10 of the will of Mary Pat Foreman regarding distributions made to Bill Foreman.

If this aspect is still pursued it appears to be directed to the trustees' reasons for distributions made to Bill Foreman. Relief sought is declined.

(e) Copies of all communications which have been made between the trustees and their legal advisers in relation to the JWF Foreman Trust, the Foreman Family Trust, MP Foreman Trust and estate of MP Foreman.

The breadth of this category means that I am unable to determine it. Legal opinions obtained by the trustees for the purposes of the trust, funded from trust funds, are prima facie trust documents and included in the information that should generally be available to beneficiaries (*Attorney General of Ontario v Ballard Estate* (1995) 119 DLR (4th) 750 at 754-756); *Hawkesley v May* [1956] 1 QB 304 at 323 [1955] 3 All ER 353 at 363; *O'Rourke v Darbishire* [1920] AC 581 at 608, [1920] All ER Rep 1 at 8). But because beneficiaries are not entitled to advice or information obtained by the trustees in relation to the management of trust property or to future conduct concerning trust property, nor advice directed to the trustees' reasons for the exercise of their discretions (as distinct from information which informed their reasons), whether the beneficiaries are entitled to disclosure of the communications will depend on their nature. If the plaintiffs wish to pursue this relief it will be necessary for an arrangement to be agreed for independent assessment of any relevant communications, or further assistance sought from the court, for which leave to apply is reserved.

(f) Copies of all deeds appointing all previous and present trustees as trustees of the trusts and estate.

These are trust documents and I order that they be disclosed.

(g) Full details of all distributions of capital and/or income or settlements from the trusts and estate.

I order that these details be disclosed.

(h) Full information as to the amount and state of property of the trusts and estate.

The beneficiaries are entitled to full details of the assets and liabilities of the trusts and I order that such information be disclosed.

(i) Full information evidencing material transactions in respect of which the trusts an estate have been involved.

Relief is sought in terms too broad for me to determine it. However, to the extent that "material transactions" may relate to the management of the trust property, it is a matter within the discretions and powers of the trustees and the beneficiaries are not entitled to details.

Saggi

(j) Full information in relating to any changes in the structure of the trusts including the names of past and present trustees and the date(s) of all changes of trustees.

The beneficiaries are entitled to names of all past and present trustees and the dates of appointment and retirement or resignation, including copies of any deeds or documents effecting these changes. I order that they be disclosed. The beneficiaries are also entitled to any deeds or documents constituting or varying the terms of the trusts. To the extent these have not already been provided, I order that they be disclosed.

(k) Full details of the advice given to the defendants as trustees, by Bill Foreman as advisory trustee of the JWF Foreman Trust and Foreman Family Trust, which led the trustees to decide to decline to provide information and trust documents in respect of those two trusts to the beneficiaries.

This appears to be a request for disclosure of the trustees' reasons. While beneficiaries are entitled to information obtained by the trust which informs the trustees in the exercise of their discretions, they are not entitled to the reasons. Nor am I satisfied that granting the relief sought would advance the plaintiffs' position. The parties by agreement have sought determination of the question under r 418 which they agree will determine the first cause of action. The plaintiffs will have disclosure pursuant to this judgment. I cannot see that information regarding "advice", if any, received by the trustees from an advisory trustee on this aspect could advance matters for the plaintiffs at this stage. The relief sought is declined.

(l) Copies of all letters, memoranda of wishes or any other communications by the settlors of each of the JWF Foreman Trust, the MP Foreman Trust and the Foreman Family Trust to the trustees of those trusts.

The breadth of this category means that I am unable to determine it. It goes well beyond a request for disclosure of any "memoranda of wishes" provided by a settlor to trustees. While I would incline to the view (without deciding the point), that memoranda of wishes or like communication from a settlor which exists outside the trust deeds are trust documents which should be disclosed to beneficiaries in the absence of a substantiated claim for confidentiality by the trustees (refer *Hartigan Nominees Pty Ltd v Rydge*), particularly when, as in this case, the trust

deeds themselves include precatory provisions, the relief sought is in more broader terms. I decline the relief as sought. I have indicated my preliminary views in relation to any memoranda of wishes that may exist outside the terms of the trust deeds themselves. I invite the trustees to consider in the light of that indication whether there is any disclosure that should be made".

There will no doubt be many more cases on these points in the near future. This decision follows a balanced approach; it allows beneficiaries a lot of factual information but at the same time seeks to protect trustees from revealing the reasons lying behind the exercise of their discretions, and from "fishing expeditions" by disgruntled and sometimes difficult beneficiaries.

§ 2.1.2. *Hunt v Muollo*.

The Court of Appeal in New Zealand received an appeal from the High Court regarding the production of documents relevant to the affairs of a discretionary beneficiary. The appeal concerned an order for costs payable pursuant to a separate order which was later made subject to an order for the examination of the debtor. This was the case of *Hunt v Muollo*(7).

The court had first to examine the nature of the interest of a discretionary beneficiary, and took little time in stating the accepted position that, assuming there were no questions of sham, that interest was a mere expectancy and was in no way an asset.

The more interesting part of the judgement related to the question as to whether the beneficiary Mr Hunt was required to produce financial records relating to the trust of which he was a discretionary beneficiary for the purposes of the examination. Here the court took a hard line:

"The second point of principle is whether an order to produce, directed to the judgement debtor, can require the production of documents which are not in the judgement debtor's possession or power. At first blush the answer might appear obvious and self evident. It remains so at second blush. How can a person be ordered to produce documents over which he has no control in the capacity in which he

Nota:

(7) 2003 NZLR 322.

has been sued to judgement? Mr Laurenson [Counsel] sought to answer that question by adopting, in his oral submissions, the notion of “effective control”. He was not, however, able to give the court any assistance with what might amount to effective control as opposed to legal control.

The only appropriate conclusion must be that it is clearly implicit in Rule 621(3) [relating to the production of documents for examination of a debtor] that a document can only be subject of an order for production if it is within the judgements debtor’s possession or power”.

No order for production was made.

§ 2.2. Legal Privilege and International Trusts in the Cook Islands.

The Appeal Court of the Cook Islands considered this in the case of *E and another v A*(8). It should be emphasised that this case is not about the right of a beneficiary to the disclosure of trust documents, but deals with the lifting of professional privilege in a situation where a trust had been created within the Cook Islands with the apparent intention to defraud creditors. In this case assets had been settled into a trust shortly after a Bank in the USA started proceedings against the settlor under a guarantee given to the Bank.

The particular character of international trusts in the Cook Islands has an important bearing on this case. Section 13(B)(1) of the International Trusts Act 1984 provides as follows:

“Where it is proven beyond reasonable doubt by a creditor that an international trust settled or established or property disposed to an international trust

(a) was so settled, established or disposed by or on behalf of the settlor with principal intent to defraud that creditor of the settlor; and

(b) did at the time such settlement, establishment or disposition took place render the settlor insolvent or without property by which that creditor’s claim (if successful) could have been satisfied

then such settlement, establishment or disposition shall not be void or voidable and the international trust shall be liable to satisfy the creditor’s claim out of the property which, but for the settlement, establishment or disposition, would have been available to satisfy the creditor’s claim and such liability shall only be to the extent of the interest

that the settlor had in the property prior to settlement, establishment or disposition and any accumulation to the property (if any) subsequent thereto”.

The claimant argued that professional privilege should be lifted to establish whether the assets in the trust could become available to satisfy the settlor’s liabilities to the bank. The court therefore had to examine the old principle that such privilege can be lifted in cases of fraud. The classic statement of that principle was by Viscount Finlay in *O’Rourke v Derbyshire*(9):

“The court will exercise its discretion, not merely in the terms in which the allegation [of fraud] is made, but also as to the surrounding circumstances, for the purpose of seeing whether the charge is made honestly and with sufficient probability of its truth to make it right to disallow the privilege of professional communications”.

Bearing this in mind, and given the circumstances leading to the creation of this trust, the court decided to lift privilege in this case:

“The court is always most reluctant to interfere with the operation of legal privilege, and in this case must also bear in mind the special protection afforded by Section 13(B). But in the end it has to stand back and form a judgement based upon the whole of the relevant circumstances in deciding whether it is “right to disallow the privilege of professional communications”: see *O’Rourke v Derbyshire* per Viscount Finlay above. From the circumstances of the formation of the trust and the disposal of assets to it in the face of the pending arbitration and judgement, which are highly relevant circumstances along with other factors mentioned above, we are satisfied that a strong prima facie case of fraud has been established”.

§ 3. Other Matters Relating to Beneficiaries.

There have been some other noteworthy cases relating to beneficiaries separate from their rights to information about the trust.

.....
Note:

(8) 5 ITELR 761.

(9) 1920 AC 581.

Saggi

§ 3.1. Beneficiaries and Bare Trusts.

The position of beneficiaries of bare trusts was considered by the Court of Appeal in Hong Kong in *Hotung and another v Ho Yuen Ki*(10). Here the defendant made two declarations of trust declaring that she held certain shares in two companies in trust for three beneficiaries. The beneficiaries were minors at the time of the declarations, but had achieved majority when the actions commenced.

They sought to compel the trustee to give powers of attorney in their favour giving them full power to deal with the shares. For reasons which are not disclosed in the judgement, they did not ask the trustee to transfer the shares to them. This is strange, especially as it seemed to be common ground that they could have required the trustee to make such transfer.

There were two points which the court had to consider. The first related to the trustees' power to delegate, and whether any further delegation (absent provisions in a trust deed, which were not available in this case) was possible. The court concluded that, apart from a temporary delegation of trust for a period of twelve months, there was no such power.

The second went to the heart of bare trusteeship, and the extent of the rights of the beneficiaries of such trusts. It was clear that the beneficiary could compel the trustee to transfer title to the trust assets to him. Further, it was clear from a line of cases starting with *Re Brockbank: Ward v Bates B*(11) that a beneficiary could direct a bare trustee as to how the voting rights attached to shares in companies should be exercised. Lord Upjohn had said this:

"The beneficiaries are entitled to be treated as though they were the registered shareholders in respect of trust shares, with the advantages and disadvantages (for example, restrictions imposed by the articles) which are involved in that position, and that they can compel the trustee directors if necessary to use their votes as the beneficiaries, or the court, if the beneficiaries themselves are not in agreement, think proper, even to the extent of altering the articles of association if the trust shares carry votes sufficient for that purpose".

Yet the position of a beneficiary of a bare trust is not the same as absolute ownership, even if the terms of the trust give the beneficiary the ability to become one by simply directing the trustee to transfer the legal title to the trust assets. This was shown by the

English case (about a scheme intended to save Inheritance Tax) of *Ingram v Inland Revenue Comrs*(12). Although this case went to the House of Lords, the Court of Appeal judgements contain a relevant analysis of the position of the bare trustee. Millett LJ analysed it thus:

"It is important not to understate [the trustee]'s position. He was not independent of Lady Ingram [the beneficiary], but neither was he a mere cipher. His duty was "to deal with the land as Lady Ingram might direct". He was bound to convey the land to her or to whom she might direct. But he was not bound to comply with other directions which she might give. He could not have been compelled to grant the lease, though if he had refused to do so Lady Ingram could simply have found someone willing to do her bidding and require [the trustee] to convey the land to him".

The Hong Kong Court of Appeal determined the matter by refusing to direct the trustee to grant the power of attorney requested, saying

"It seems that the only situation where the trustee could be dictated to by the beneficiary, other than conveying the trust property, is in respect of the manner of voting".

§ 4. Trustees.

§ 4.1. Does *Hastings-Bass* Apply in Jersey?

This was considered in *Re the Green GLG Trust*(13). While the principle itself has been the subject of much recent discussion, it might be helpful if it was restated. It was enunciated by Buckley LJ in *Re Hastings-Bass (dec'd)*, *Hastings v IRC*(14) as follows:

"Where by the terms of a trust (as under section 32) a trustee is given a discretion as to some matter under which he acts in good faith, the court should not interfere with his action notwithstanding that it does not have the full effect he intended, unless

Note:

(10) 5 ITELR 556.

(11) 1948 Ch 206.

(12) 1997 STC 1234.

(13) 5 ITELR 590.

(14) 1975 Ch 25; 1974 2 All ER 193 CA.

(1) what he has achieved is unauthorised by the power conferred on him, or

(2) it is clear that he would not have acted as he did (a) had he not taken into account considerations which he should not have taken into account, or (b) had he not failed to take into account considerations which he ought to have taken into account”.

In this case, the Trustee had appointed capital to a beneficiary resident and domiciled in the United Kingdom without being aware, let alone giving consideration to, some new rules in the United Kingdom which would attribute capital gains tax liabilities to the beneficiary in respect of gains realised by the trustees. In other words, the appointments carried with them what was to both trustees and beneficiary a large and wholly unexpected tax liability. Had they known of this, the trustees would not have made the appointment.

The Jersey court decided to help the trustees and the beneficiary out of their difficulties and to declare the appointments void under the Hastings-Bass principle, thereby bringing that useful weapon into the armoury of the Jersey court. They did so with some initial hesitations, saying for example that

“It is certainly not every decision by trustees which they later come to regret that can be declared void”.

But in the end the court made the necessary order:

“Applying the principle to the facts of this case we are in no doubt that, in the light of our finding that the trustee would not have made, and the protector would not have consented to, the appointments had they known of the possible capital gains tax consequences for the settlor caused by the amending legislation, we hold that the court should declare that the four appointments of capital are void ab initio and so we declare”.

§ 4.2. More *Hastings-Bass* in England.

As applications of the principle move around the world, there has been a further case before the English courts in *Abacus Trust Co (Isle of Man) and another v Barr and others*(15). This case marks an important development in the application of the principle as it ruled that, in this case, it made certain appointments made ten years beforehand voidable, rather than void ab initio as was the case in the Jersey case above.

The settlor had requested the Trustees to make an appointment of 40% of the trust fund to his sons. A representative of the trustee misunderstood the settlor’s wishes, and arranged for deeds to be drawn up appointing 60% of the fund to the sons. The mistake only came to light some time later, by which time over £400,000 had been paid to the beneficiaries pursuant to the terms of the appointment.

Lightman J did not feel that, in this case, that the fact that the trustees had made a mistake was by any means sufficient to apply the principle. It had been some time ago, although its impact was considerable. He also drew attention to the different remedies available in public law proceedings compared with private law ones; and he pointed to the behaviour of the settlor:

“The fourth issue raised is whether by reason of application of the rule the appointment is void or voidable. This issue is of critical significance in this case, for the lapse of ten years since the appointment, the signal failure of the settlor (indeed his deliberate decision not) to take any legal advice until 2001, his acquiescence until then in the appointment having full legal effect and in particular the payment to the sons as fully entitled thereto of some £400,000 from the settlement must have the greatest significance if the settlement is voidable, but none at all if it is void”.

He applied the principle, but only on the basis that it rendered the appointments voidable rather than void, and leaving the way open for some no doubt interesting negotiations.

§ 4.3. Appointment of New Trustees.

The Canadian case of *Merry Estate v Plaxton*(16) considered the rights of beneficiaries to contest a proposed appointment of a new trustee by the existing trustees of a will trust. By her will the testatrix created life interest trusts; the will was silent regarding the appointment of new trustees which meant that the statutory powers applied whereby the existing trustees held the power to appoint. One of the two trustees wished to retire, and he and the

Note:

(15) 2003 EWHC 114 (Ch); in questa Rivista, 2004, 407.

(16) Ontario Superior Court of Justice docket no 5797/71 heard 21 November 2002.

Saggi

continuing trustee sought to appoint an individual in his place. The proposed appointee was not acceptable to the beneficiaries, who opposed an application made by the present trustees to the court.

The Trustee Act provides as follows:

“3(1) Where a trustee dies or remains out of Ontario for more than twelve months, or desires to be discharged from all or any of the trusts or powers reposed in or conferred upon the trustee, or refuses or is unfit to act therein, the person nominated for the purpose of appointing new trustees by the instrument, if any, creating the trust, or if there is no such person or no such person able and willing to act, the surviving or continuing trustees or trustee for the time being, or the personal representatives of the last surviving or continuing trustee, may by writing appoint another person or persons (whether or not being the persons exercising the power) to be a trustee or trustees in the place of the trustee dying, remaining out of Ontario, desiring to be discharged, refusing or being unfit or incapable”.

“5(1) The Superior Court of Justice may make an order for the appointment of a new trustee or trustees, either in substitution for or in addition to any existing trustee or trustees, or although there is no existing trustee”.

These provisions are almost identical to the equivalent legislation in England and Wales.

The Court had to decide whether it should intervene in a situation in which the will was silent both as to the manner in which trustees should be appointed, and as to whether prospective trustees should be members of the beneficial class or independent from that class. It looked first at the principal English case of *Re Brockbank*(17) in which Vaizey J said this:

“The claim of beneficiaries to control the exercise of the defendant’s fiduciary power of making or compelling an appointment of the trustees is, in my judgement, untenable. The court itself regards such a power as deserving of the greatest respect and as one with which it will not interfere [...]”.

After looking at the cases of *In re Gadd*(18) and *In re Higginbotham*(19) the judge continued:

“The court has no jurisdiction, under the Trustee Acts, to appoint new trustees against the wishes of an existing sole trustee desirous of exercising his statutory power of appointing new trustees [...] even though the application to the court was made by a

majority of the beneficiaries, and the existing trustee has himself no beneficial interest”.

It went on to look at a Law Commission (of Canada) report of 1984 which had examined this question, and quoted with approval the following extract from pages 118/9 of the report:

“We have concluded that resort should be had to the judicial power only in exceptional circumstances, and we are of the view that this could be achieved if the revised act were to provide that a judicial removal or appointment of a trustee should be made only where it appears to the court to be in the best interests of a trust and where appointment or removal would be inexpedient, difficult or impracticable without the assistance of the court”.

The judge then quoted the first extract from *Hastings Bass* set out in 7.1 above before ruling that the court would not interfere with the actions proposed by the trustees despite the opposition of the beneficiaries.

§ 4.4. Remuneration: is it Authorised?

The questions of remuneration under trust deeds came before the English court in *Mahme Trust Reg and another v Nehzet Tayeb and others*(20). The reason why this case was heard in England is not immediately clear from the judgement as the trust was created under Liechtenstein law, and the trust was registered in the Vaduz registry. Certainly one part of the claim involved a claim for restitution, and one can imagine that the proponents of that argument might well prefer to argue that aspect before an English judge.

Here, a trust was created by an Iraqi businessman as he lay dying in a hospital in Boston, USA. The manner in which the trust was created, and the date upon which it came into existence were also highly relevant factors, and Rimer J had to spend much time looking at these matters in order to determine whether the trust existed, and what terms should be read into it. He concluded that there was a valid

Note:

(17) 1948 Ch 206.

(18) 1883 23 Ch 134.

(19) 1892 3 Ch 132.

(20) 2002 EWHC 1543; 2003 WTLR 21.

trust, and that it included terms authorising remuneration. An action was brought against a member of a managing committee set up under the trust attempting to recover substantial fees which had been paid in respect of services provided by a member of that committee. The individual concerned had been closely involved with the creation of the trust, and had a long business relationship with the Settlor who wanted that to continue after his death. The Settlor had a much younger wife who, in his view, was not good at dealing with financial matters.

The heart of the matter was whether the Trustees had authorised the remuneration of the member of the committee in accordance with the terms of the trust, which decision required to be taken by the trustees acting jointly.

Expert evidence was taken as to the effect of Liechtenstein law in this respect. It was clear that while the remuneration could have been authorised, it had not been approved in the manner required. Further, the recipient was very much an insider to the trust (having been very closely concerned with its creation) and in any event he should have known of the steps which should have been taken to validate the payments. As the judge said:

“He ought to have known that, if he were to be rewarded remuneration, it required the joint resolution of [the trustees]; and he admitted that he knew that resolutions of the board of trustees required the concurrence of both trustees. As a person in the position of a trustee whose duties were as I have just summarised, he had therefore to be satisfied that such a resolution had been duly passed and minuted so that his remuneration had been validly awarded. He made no enquiry that it had, although had he done so he would have found that no such resolution had been passed”.

The remuneration was held to be unauthorised.

§ 4.5. Trustees Remuneration; Repayable in the Event of Breach of Trust?

The English High Court examined the liability of trustees in the case of *Hulbert v Avens*(21). In this case trustees were sued in respect of losses sustained by the trust fund following the failure of the trustees promptly to pay capital gains tax following the sale of some land. The breach of trust was admitted; the question for decision by the court was the manner in

which the damages payable by the trustees for the breach of trust should be calculated, and what effect this might have upon the fees paid to and prospectively chargeable by the trustees.

Four arguments were submitted on behalf of the beneficiaries.

The first was that, if a trustee had acted in breach of trust, then no fees should be charged or be payable even for work properly done. The effect of this argument would be that even the slightest breach of trust would mean that no further fees could be charged by the trustees. This argument was dismissed by the court.

The second was that a trustee was not entitled to charge fees in respect of any time when the trust fund held insufficient assets with which to pay those fees. This argument was also dismissed.

The third argument concerned the fact that the trustees had not submitted fees for periods when, as indicated in the beneficiaries’ second argument in the immediately preceding paragraph, the trust fund held insufficient assets with which to pay those fees. If the trustees had not charged those fees at such a time, the beneficiaries argued that they were estopped from charging them later. That argument failed.

The final argument related to a period when the trustees were acting as bare trustees. The beneficiaries argued that once their interests vested the trustees were no longer entitled to rely upon the charging clause in the trust deed, and were therefore disqualified from charging. That argument also failed, as the court considered that as long as a trust continued in fact then the trustees were bound to administer it, and were accordingly entitled to charge for their time spent in such administration.

§ 4.6. Fraud on a Power.

There has been an appeal from the High Court at the New Zealand case of *Wong v Burt*(22) in which the High Court’s decision was overruled and the Court of Appeal ruled that the Trustees had exercised a discretion in a manner which constituted a fraud on a power.

.....
Note:

(21) 2003 EWHC 76; 2003 WTLR 387.

(22) CA 100/03.

Saggi

Will Trustees held the Trust Fund upon life interest trusts for the Testator's widow. Upon her death, the capital was paid to such of her two children as were still alive. There was no substitutionary gift in favour of grandchildren. One of the children died before the life tenant, leaving two children of her own who were not entitled to an interest in the reversion.

Clause 6 of the Will conferred a power to pay capital to the life tenant, but it was limited. There were granted power to pay the life tenant:

"Such sum or sums as they in their absolute discretion may think fit if they shall consider it necessary, desirable or expedient so to do by reason of my wife's health or her desire to travel or to acquire a home or by reason of before in the purchasing power of money or for any other reasons whatsoever whether similar or dissimilar to the foregoing".

When it was appreciated that the two grandchildren in questions had no interest in the reversion, a scheme was devised whereby the clause 6 power was exercised in favour of the life tenant, who would then pass on the sum so appointed in stages to a trust in favour of the grandchildren. The solicitors advising looked at a number of ways in which an appropriate sum could be taken out of the Will Trust and made available to the grandchildren who were not beneficiaries.

The Court of Appeal analysed the steps which had been taken, and concluded that there had been a fraud on this power:

"In our view, this deliberate, and pre-conceived, device amounted to a fraud on the power. If Mrs Estelle Wong had simply been advanced the money out of the estate and had then exercised genuine freedom of action to benefit the children (as for instance by setting up a trust for them), that would not have been unlawful. But what was knowingly erected was a deliberate scheme to subvert the terms of the Will. What was overlooked was that the property was vested in those entitled in default of the exercise of the power, subject to its being divested by a proper exercise of the power in clause 6, and the steps in fact taken gave rise to a fraud on those entitled in default".

The Court of Appeal approved an analysis of what constituted a fraud on a power as falling into three separate categories:

"The first arises where the appointment is made as a result of a prior agreement or bargain with the

appointee as to what he or she will do with the proceeds. Secondly, there are those cases where the power is exercised improperly so as to benefit the appointor. The third category are those cases in which an appointment is drafted so that the intent appears to benefit objects of the power, but the real intention is to benefit non objects".

§ 4.7. Trustees and Conflicts of Interest.

The collapse of Enron has led to much litigation. One case, that of *Re Enron Corporation Securities, Derivative and ERISA Litigation; Tittle and others v Enron Corporation and others*(23) has raised some interesting questions regarding Trustees, their fiduciary duties and conflicts of interest.

Enron Corporation settled three pension funds for the benefit of employees. Enron, as is well known, became bankrupt and the pension funds were left holding many Enron shares which had become valueless. Enron and some of its officers were Trustees of the pension funds. Beneficiaries of those funds commenced action against the Trustees claiming that the Enron officers knew that any investment in Enron was imprudent; that the shares were overpriced; and that the Trustees had failed to disclose information to the beneficiaries so that they could decide whether to diversify the investment. The Trustees defended themselves on the grounds (among many others) that there was a conflict between their duties of disclosure and securities disclosure rules; and that in making certain decisions they had been acting not as Trustees but as employees or settlers.

The judgment is extremely long, and covers much ground dealing with many other points. The case forms part of a whole raft of cases arising out of the collapse of Enron, and a detailed consideration of all the issues is probably both premature and beyond the scope of this paper.

Yet parts of this judgment make for very uncomfortable reading for Pension Trustees, particularly those who are also employed by the Employer. For example:

"As a matter of public policy, the statutes should be interpreted to require that persons follow the

.....
Nota:

(23) MDL 1446, Civil Action no H-01-3913 Consolidated Cases; 6 ITEL 596.

laws, not undermine them. They should be construed not to cancel out the disclosure obligations under both statutes or to mandate concealment, which would only serve to make the harm more widespread; the statutes should be construed to require, as they do, disclosure by Enron officials and plan fiduciaries of Enron's concealed material financial status to the investing public generally, including plan participants, whether "impractical" or not, because continued silence and deceit would only encourage the alleged fraud and increase the extent of injury".

The court went on to point out that there were no provisions in the securities laws which would have prohibited the (employer) Trustees from disclosing the relevant information about the true financial

position of Enron to other shareholders (including the Pension Funds) and the public at large, or from forcing Enron to do so. Further, it held that the duty to disclose the relevant information was entirely consistent with the provisions of the insider trading rules; and that corporate insiders owe a fiduciary duty to disclose material non public information to the shareholders and to the trading public.

This judgment is clearly but one of many which will emanate from the Enron saga, and will no doubt be subject to appeal. However, it already provides clear warnings and lessons for Trustees of Pension Funds, and indeed for any Trustee who may find himself in possession of privileged information relating to Trust assets.

Saggi

Il *beneficial owner* del trust nei trattati internazionali in materia tributaria

di Gabriele Paladini

SOMMARIO: § 1. Premessa. Cenni sulla soggettività del trust nei trattati internazionali contro le doppie imposizioni. – § 2. Il sintagma *beneficial owner*. – § 2.1. La prospettiva di *common law*. – § 2.2. Il *beneficial owner* nel diritto internazionale tributario. – § 3. Il *beneficial owner* dei redditi percepiti dal trust. – § 3.1. Considerazioni generali: il trustee quale *beneficial owner*. – § 3.2. Considerazioni speciali su particolari tipologie di trust. – § 4. Trust interno e *beneficial owner*. – § 5. Conclusioni.

§ 1. Premessa. Cenni sulla soggettività del trust nei trattati internazionali contro le doppie imposizioni.

Lo studio del trust nella prospettiva del diritto internazionale tributario pone in evidenza il controverso tema del *beneficial owner* (*beneficiaire effectif*(1)) dei redditi prodotti dai beni in trust. Come noto, il modello OCSE di trattato internazionale contro le doppie imposizioni(2), cui si conformano nella prassi quasi tutti gli Stati, prevede una specifica clausola anti-abuso. In base a tale clausola le disposizioni convenzionali, che prevedono un regime generalmente più favorevole, relative a talune categorie reddituali, sono applicabili a condizione che il percettore dei redditi ne sia il *beneficial owner*(3).

Occorre svolgere in premessa alcune brevi considerazioni sulla soggettività del trust nei trattati internazionali per individuare il soggetto cui sono da imputare, almeno di regola, i redditi prodotti dal trust. Infatti, il soggetto che dovrà dimostrare di essere il *beneficial owner* è il soggetto che rientra nell'ambito di applicazione del trattato.

Premesso che né il modello OCSE né il relativo commentario forniscono indicazioni significative(4), si deve verificare se il trust rientra nella nozione di persona che comprende, oltre alle persone fisiche ed alle persone giuridiche, anche le associazioni di persone (*body of persons*)(5).

In argomento, emergono in dottrina due differenti orientamenti. Secondo una prima tesi, il trust è considerato autonomo soggetto giuridico e può essere qualificato come persona attraverso la categoria

residuale delle altre associazioni di persone (*body of persons*)(6). Un diverso orientamento, invece, è nel senso di ritenere che il trust in quanto tale non è un soggetto e che la qualifica di persona è da riferire al *body of trustee*, sempre attraverso la categoria residuale *body of person*.

Occorre considerare che di norma, nel sistema di *common law*, il soggetto passivo per le imposte dovute dal trust è il trustee (o il *body of trustee*), di talché sarà questi il soggetto cui dovranno essere imputati gli effetti giuridici dell'applicazione del trattato internazionale(7).

Occorre inoltre fermare l'attenzione sull'apparte-

Note:

Gabriele Paladini è collaboratore presso il Centro di Ricerche Tributarie dell'Impresa (CERTI) dell'Università Commerciale "L. Bocconi" di Milano.

(1) La versione in lingua francese del modello di trattato OCSE è l'unica ufficiale insieme a quella in lingua inglese.

(2) Cfr. OCSE, Modello di convenzione fiscale sui redditi e sul patrimonio, trad. it. G. Maisto, Milano, 2004.

(3) Si tratta degli articoli 10 e 11, che limitano la ritenuta alla fonte su dividendi e interessi, e dell'articolo 12, che attribuisce la potestà impositiva sui canoni al solo stato di residenza del percettore.

(4) I soli espressi riferimenti, desumibili dalle riserve poste da alcuni Stati, non superano la soglia di mere dichiarazioni di intenti con riferimento a questioni specifiche, che si pongono in una fase successiva rispetto alla considerazione dell'applicabilità del trattato. Così, ad esempio, nelle riserve all'articolo 21, relativo agli altri redditi, il Regno Unito e l'Irlanda si sono riservati il diritto di assoggettare ad imposizione i redditi corrisposti da un trust ad un soggetto non residente.

(5) Cfr. art. 3 Modello OCSE.

(6) In questo senso, si veda A. Salvati, *Profili fiscali del trust*, Milano, 2004, p. 176 s., che esclude la soggettività del trustee, considerando il trust quale autonomo centro di imputazione.

(7) Nel diritto tributario inglese, il trust è assoggettato al regime fiscale previsto per i *settlements*; il soggetto passivo è generalmente individuato nel trustee o nel beneficiario ai fini dell'imposta sul reddito (*income tax*) e dell'imposta sui guadagni di capitale (*capital gains tax*). Ai fini di tali imposte, il disponente è considerato soggetto passivo solo da talune disposizioni antielusive. Nel caso della *inheritance tax* il soggetto passivo è il disponente. Si può inoltre osservare che esistono regimi speciali previsti per singole tipologie di trust. L'imposizione del beneficiario sui redditi già tassati in capo al trustee, peraltro, avviene congiuntamente al riconoscimento di un credito d'imposta. Si veda A. Hardy, *United Kingdom*, in IBFD, *The international guide to the taxation of trust*, Amsterdam, 2001, 14; cfr. C. Monaco, *Trust: fattispecie ed effetti fiscalmente rilevanti*, Riv. dir. fin., 2002, 1, 647, a p. 658 s.

nenza del trust al più ampio *genus* rappresentato dai *settlement*(8), qui inteso come insieme di negozi giuridici attraverso i quali si determina l'assetto di un patrimonio. Il trust, come è stato efficacemente osservato, è un rapporto giuridico tra persone e non una persona giuridica(9). È pertanto da escludere qualsiasi soggettivizzazione generalizzata dei trust, specie in ambito tributario, attraverso un'impropria assimilazione degli stessi ad enti giuridici.

È questo peraltro l'orientamento di parte della dottrina civilista italiana, che nega con fermezza la soggettività del trust, inteso come autonomo ente giuridico, dando invece rilevanza alla imputabilità al trustee degli atti gestori da questi compiuti in attuazione dell'atto istitutivo(10).

Qualora l'ordinamento di uno Stato contraente dovesse, invece, riconoscere autonoma soggettività passiva al trust come patrimonio autonomo, questo potrebbe comunque rientrare nell'ambito soggettivo dei trattati, interpretando in senso lato la nozione di persona(11), di cui all'articolo 3, leggendo nella definizione del modello OCSE un'elencazione non esaustiva(12).

Il trust rientra quindi nell'ambito soggettivo di applicazione dei trattati internazionali contro le doppie imposizioni, sia che si guardi alla prospettiva dell'elemento personale (*body of trustee*), sia che si guardi alla prospettiva patrimoniale (trust autonomo soggetto).

Certo è che la personalità convenzionale dei trust non può essere sempre ricostruita in base al concetto di *body of persons* ed in base alla personalità del trustee(13). È infatti opportuno distinguere almeno tra i *charitable trust*, sicuramente soggetti autonomi, e tutti gli altri trust, per i quali la soggettività convenzionale andrà valutata con riferimento al caso specifico(14).

È interessante notare, concludendo sul punto, che nel Treasury Technical Explanation al modello di trattato degli Stati Uniti(15), si afferma che la differenza principale con la definizione del termine persona di cui al modello OCSE, che consiste nella espressa previsione del trust, può essere superata attraverso un'interpretazione estensiva della nozione di *body of persons*, idonea a comprendere il trust(16).

Il *body of trustee* sarà poi residente, ai sensi dell'articolo 4, primo comma, se assoggettato ad imposizione in uno Stato contraente a motivo del suo domicilio, della sua residenza, della sede di direzione o

di ogni altro criterio analogo. In caso di doppia residenza, il *body of trustee* sarà residente, ai soli fini convenzionali, nello Stato dov'è il *place of effective management* (sede della direzione effettiva).

In argomento, occorre richiamare la sentenza resa nel caso *Wensleydale's Settlement Trustee v IRC*(17), dove, per dirimere un caso di doppia residenza nell'ambito del trattato Regno Unito – Irlanda, si è applicato il criterio del *place of effective management*. L'assunto iniziale è che il trattato sia applicabile ai trustee, considerati come unitario *body of persons* caratterizzato da continuità. Per tale via, si è dato preminente rilievo alla natura giuridica della funzione svolta rispetto alle persone che ricoprono tale ufficio.

Nella sentenza si è affermato che il *place of effective management* è nello Stato dove sono prese le decisioni sulla gestione del trust, ossia nello Stato da cui promanano gli impulsi decisionali necessari all'attuazione dell'atto istitutivo. A nulla rileva, invece, la residenza fiscale delle persone fisiche che svolgono l'ufficio di trustee, dovendosi dare rilevanza solo al luogo dell'amministrazione effettiva ed essenziale al perseguimento dello scopo del trust.

In tema di *place of management* in dottrina si è os-

Note:

(8) Si veda C. Monaco, Trust: fattispecie ed effetti fiscalmente rilevanti [*supra*, nota 7], a p. 669.

(9) Così P. Matthews, La collocazione del trust nel sistema legale: contratto o proprietà?, in questa Rivista, 2004, 522, a p. 523.

(10) In tal senso, cfr. R. Montinaro, Trust e negozio di destinazione allo scopo, Milano, 2004, p. 38 s.

(11) Nel senso della applicabilità delle Convenzioni al trust, sia che si guardi all'ente autonomo, sia che si guardi ai trustee, si veda P. Baker, The application of the Convention to partnerships, trust and other non corporate entities, in Aa. Vv., Gray's Inn Tax Chambers Review, Londra, vol. II, n. 1, 2002, p. 15 s.

(12) Questa interpretazione è confermata dal commentario al modello OCSE ove, al paragrafo 1 del commento all'articolo 3, si legge "The definition of the term person given in sub-paragraph a) is not exhaustive and should be read as indicative that the term person is used in a very wide sense".

(13) Si veda M. Lupoi, Trusts, II ed., Milano, 2001, p. 264.

(14) Così M. Lupoi, Trusts [*supra*, nota 13], p. 265.

(15) Si veda Treasury Department, Technical Explanation of the United States Model Income Tax Convention of September 20, 1996, Article 3 (General Definitions).

(16) Al punto [31] si legge "This definition is more specific but not substantively different from the corresponding provision in the OECD Model".

(17) *Wensleydale's Settlement Trustee v IRC* [1996] STC (SCD) 241.

S a g g i

servato che il centro di direzione rilevante ai fini fiscali non è quello degli affari del trustee, bensì quello degli affari del trust, con ciò ribadendo che si deve guardare al luogo nel quale il trustee svolge le proprie funzioni(18).

Mette conto rilevare che la considerazione in termini monistici del *body of trustee* permette di superare i problemi derivanti dalla determinazione della residenza di ogni singolo trustee e di applicare agevolmente le regole per la soluzione dei conflitti di residenza(19).

Non appare pienamente condivisibile, invece, l'orientamento che ritiene inadeguato tale criterio al trust(20). Infatti, pur essendo vero che il criterio del *place of effective management* è stato concepito per le persone giuridiche e gli enti, si ritiene che questo sia applicabile al *body of trustee*, quale soggetto distinto dalle persone fisiche e caratterizzato da unità economica e funzionale(21).

La sintesi di quanto sinora esposto è dunque che, almeno di regola, il soggetto che può chiedere l'applicazione delle norme di un trattato contro le doppie imposizioni è il *body of trustee* (o il singolo trustee).

§ 2. Il sintagma *beneficial owner*.

§ 2.1. La prospettiva di *common law*.

La figura del *beneficial owner*, prevista nel modello OCSE di trattato come clausola anti-abuso, richiama una nozione propria degli ordinamenti di *common law*. È infatti nella giurisprudenza di *equity* che emerge la prima elaborazione dell'istituto in esame(22). Occorre pertanto prendere le mosse da tale nozione al fine di individuare quale significato attribuire al sintagma previsto nei trattati internazionali in materia tributaria.

La giurisprudenza inglese in materia è particolarmente vasta e non riguarda solo il diritto tributario. Dalla lettura delle principali sentenze sul tema si evince che, spesso, la nozione di *beneficial owner* è ricondotta a quella di *equitable owner*. Tuttavia, i due concetti sono da tenere distinti perché non necessariamente coincidono.

L'elemento fondamentale che si evince dalla giurisprudenza inglese è che un soggetto è considerato *beneficial owner* se ha il beneficio economico dei frutti di un patrimonio o se ha il diritto di disporre di questo e se tale beneficio è a proprio esclusivo

vantaggio. Nelle sentenze sul tema si legge la contrapposizione tra il soggetto che agisce come trustee ed il *beneficial owner*. Il primo si distingue dal secondo perché non ha titolo per trarre benefici economici personali dal patrimonio che gli appartiene. Si distingue così la *beneficial ownership* dalla situazione giuridica di appartenenza meramente legale di altri soggetti.

Ciò che rileva nella definizione di *common law* è che il soggetto abbia il potere di disporre di un patrimonio o dei relativi frutti a proprio vantaggio in termini economici sostanziali. Il *beneficial owner* è quindi il soggetto che ha diritto di ricevere un reddito del quale sarà il beneficiario economico finale, potendone disporre per il proprio beneficio.

Un esempio significativo è quello della vendita in pendenza del trasferimento di proprietà. In base alla giurisprudenza inglese(23), poiché la proprietà non è stata ancora trasferita, l'acquirente non è ancora *legal owner* ma è comunque *beneficial owner* dei beni oggetto del contratto.

Un soggetto, più in generale, non è considerato *beneficial owner* se è vincolato da un'obbligazione di dare dei beni ad un altro soggetto. Tale obbligazione rende il beneficiario del trasferimento il *beneficial owner*(24).

Sebbene la giurisprudenza inglese non sia sempre chiara e lineare nel distinguere tra *beneficial owner*

Note:

(18) Così M. Lupoi, Trusts [*supra*, nota 13], p. 265, che ivi osserva "si allinea, così, la norma tributaria a quella internazionalprivatistica sulla legge dell'amministrazione del trust, collegata al luogo nel quale il trustee svolge le proprie funzioni".

(19) Si consideri, in tal senso, quanto osservato da P. Baker: "if one looked at each trustee separately, and the trustees were resident in different States, it might be possible to take advantage of different treaties by paying items of income to different trustees. This could not occur if the trustees as a body were allocated to a single jurisdiction" (cfr. P. Baker, Double Taxation Conventions and International Tax Law, Londra, 1994, p. 86).

(20) Cfr. C. Sacchetto, Brevi note sui trusts e le convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni sul reddito, in questa Rivista, 2000, 64, a p. 66.

(21) Si veda P. Baker, The application of the Convention to partnerships, trust and other non corporate entities [*supra*, nota 11], p. 16.

(22) Si veda, in tal senso, *Ayerst (Inspector of Taxes) v C&K (Construction) Ltd.* (1975) STC 345.

(23) Cfr. *Lysaght v Edwards* (1876) 2 Ch D 499.

(24) Cfr. *Leigh Spinners Ltd. v Commissioners of Inland Revenue* (1956) 46 TC 425, Ch D.

ship ed *equitable ownership*(25), in dottrina è stato rilevato che le due nozioni sono distinte(26).

L'*equitable owner* è il soggetto che ha una posizione giuridica di appartenenza tutelata in *equità*, che si sostanzia nel diritto di subentrare nella posizione giuridica del *legal owner*. Il *beneficial owner* è titolare del diritto di beneficiare a proprio vantaggio dei frutti derivanti dagli atti compiuti dal *legal owner*.

Un soggetto, quindi, può essere *equitable owner* e non essere *beneficial owner*, poiché questo secondo diritto sorgerà solo nel momento in cui avrà la spettanza economica dei frutti di un patrimonio. Con riferimento al trust, si può rilevare come il beneficiario di un *discretionary trust* non sarà *beneficial owner* fino a quando non rientri tra i destinatari dell'erogazione decisa dal trustee nell'esercizio dei suoi poteri.

§ 2.2. Il *beneficial owner* nel diritto internazionale tributario.

La nozione di *beneficial owner* elaborata dalla giurisprudenza di *equity* non può essere accolta nell'ambito del diritto internazionale tributario(27).

La dottrina ha discusso diversi percorsi che possono essere in astratto seguiti per l'esegesi della nozione di *beneficial owner*(28), facendo riferimento al rinvio alla nozione di *common law*, ad un significato che escluda solo l'agente ed il mandatario, ad un significato che includa solo il soggetto cui è imputato il reddito secondo la legislazione degli Stati contraenti e, infine, alla nozione autonoma di diritto internazionale. E quest'ultima sembra essere la soluzione preferibile, sostenuta peraltro dalla dottrina in atto dominante.

A sostegno di questa conclusione operano due ordini di argomenti. In primo luogo, non si può ritenere che l'inserimento nel modello OCSE di trattato del sintagma *beneficial owner* fosse volto al recepimento in ambito internazionale di un istituto di *common law* (qui inteso come sistema giuridico comprendente l'*equity*). Si è visto, infatti, come la nozione inglese di *beneficial owner* affondi le proprie radici nella giurisprudenza di *equity* e sia profondamente legata all'istituto, tutto peculiare di quel sistema, dell'*ownership*, tanto da non essere sempre agevole distinguere l'*equitable owner* dal *beneficial owner*.

Inoltre, tale nozione è stata elaborata nel diritto inglese con riferimento a tutta la materia della *property law* senza fare esclusivo riferimento al diritto tributario e senza finalità anti-abuso.

All'argomento teleologico, va poi aggiunto quan-

to si legge nel commentario al modello OCSE di trattato(29). In tale documento, infatti, si afferma che la nozione di *beneficial owner* non deve essere interpretata in senso strettamente tecnico. Il riferimento sembra escludere la nozione propria della *common law*, non esistendo altri significati tecnici. Inoltre, si afferma che il sintagma deve essere interpretato in base al contesto del trattato ed alla luce dello scopo dello stesso, ovvero l'eliminazione della doppia imposizione ed il contrasto all'elusione fiscale internazionale.

Posto che la nozione di *beneficial owner* nei trattati internazionali contro le doppie imposizioni deve essere interpretata in modo diverso dal significato del diritto inglese, occorre partire dalla *ratio* sottesa a tale clausola. Questa deve essere individuata nel contrasto all'elusione fiscale internazionale, nella fattispecie di abuso del trattato internazionale mediante interposizione di persona(30). La dottrina tributaria definisce tale fenomeno come *treaty shopping*, descrivendo con questo sintagma la fattispecie in cui un soggetto, non rientrando nell'ambito di applicazione di un trattato bilaterale, consegue i benefici previsti allo stesso mediante l'interposizione di persona(31).

Poiché il modello di trattato OCSE non prevede una definizione positiva della nozione di *beneficial owner*, il significato deve essere ricavato *a contrario* dalla lettura della esemplificazione negativa inserita nel commentario(32).

Note:

(25) Si veda C. P. du Toit, *Beneficial ownership of royalties in bilateral tax treaties*, Amsterdam, 1999, p. 112 s. In tal senso, si veda anche la giurisprudenza canadese, dove i concetti *beneficial owner* ed *equitable owner* sono utilizzati spesso come sinonimi.

(26) Così M. Lupoi, *I trust nel diritto civile*, in Trattato di diritto civile diretto da R. Sacco, *I diritti reali*, vol. 2, Torino, 2004, p. 24.

(27) In tal senso, cfr. M. Lupoi, *I trust nel diritto civile* [*supra*, nota 26], p. 25; P. Pistone, *L'abuso delle convenzioni internazionali in materia fiscale*, in V. Uckmar (cur.), *Corso di diritto tributario internazionale*, Padova, 2002, 697, a p. 698.

(28) Cfr. Aa. Vv., *Beneficial ownership*, [2000] *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 310. Si veda anche G. Corasaniti, *Dividendi, interessi, canoni e plusvalenze nel modello OCSE*, in V. Uckmar (cur.), *Corso di diritto tributario internazionale* [*supra*, nota 27], 487.

(29) Cfr. Commentario, paragrafo [12].

(30) Si veda K. Vogel, *Double taxation conventions*, III ed., Londra, 1997, p. 561.

(31) Cfr. A. Fantozzi - K. Vogel, voce "Doppia imposizione internazionale", *Dig. Disc. Priv.*, Sez. comm., Torino, 1990, vol. V, 181, a p. 197.

(32) La dottrina, seppur secondo percorsi diversi, è generalmente concorde nell'assegnare rilevanza interpretativa al commentario OCSE. Sul punto, per tutti, G. Melis, *L'interpretazione nel diritto tributario*, Padova, 2003, p. 622 s.

Saggi

Una prima considerazione che si può trarre è che, di regola, un soggetto non sarà *beneficial owner* se agisce come mero interposto ed a fini esclusivamente o principalmente fiscali.

Dal commentario si evince che un soggetto non sarà un *beneficial owner* se agisce come *agent* o *nominee*. Nella versione in lingua francese si legge il riferimento all'*agent* ed al *mandataire*. Ciò conferma, peraltro, l'impossibilità di richiamare la nozione elaborata dal diritto inglese.

Un ulteriore riferimento interpretativo è fornito dall'OCSE nell'ambito del rapporto sull'uso di società *conduit*, ove si afferma che un soggetto non può essere considerato *beneficial owner* se ha poteri fortemente limitati, tali per cui agisce da mero fiduciario o amministratore nell'interesse di un altro soggetto(33). Tale indicazione permette di stabilire che un soggetto che non ha autonomia nel compimento di atti gestori non è un *beneficial owner* del reddito che percepisce, perché non si avvantaggia in termini economici sostanziali della gestione.

Si può inoltre rilevare, alla luce delle recenti modifiche al commentario, che un soggetto è *beneficial owner* se, escluso che sia un agente, un mandatario o un mero fiduciario, è considerato nello stato di residenza titolare del reddito percepito. In altri termini, si deve dare rilevanza alla imputazione fiscale del reddito ed ai poteri di cui dispone in concreto il soggetto percettore, cui il reddito è imputato(34).

È interessante inoltre notare che la traduzione ufficiale in lingua francese è *bénéficiaire effectif*. Tale locuzione permette di superare i vincoli dell'*ownership* e della *property law*, per individuare il significato di *beneficial owner* in quello di effettivo possessore del reddito(35). Tale interpretazione appare coerente con la finalità della clausola del *beneficial owner*, ovvero quella di contrastare fenomeni di interposizione di persona realizzati senza significative ragioni economiche, al solo fine di beneficiare dei vantaggi fiscali previsti da un trattato bilaterale in materia tributaria.

Nella prospettiva del diritto italiano, il riferimento più significativo è quello al protocollo al trattato con la Germania, dove il beneficiario effettivo è definito come il soggetto cui il reddito è fiscalmente imputato dalla legislazione dello Stato contraente di residenza(36). Nello stesso senso, si legga la prassi amministrativa italiana(37).

In merito all'interposizione, mette conto rilevare che la clausola in esame ha ad oggetto, oltre all'interposizione fittizia, anche quella reale. Ciò si desu-

me agevolmente dal riferimento al mandatario quale soggetto che non è di regola considerato *beneficial owner*. In merito è, tuttavia, opportuno rilevare che non ogni figura di interposizione reale può essere ricompresa nel dettato della clausola in esame. Infatti è necessario che la situazione interpositoria realizzi una traslazione impropria dei benefici del trattato ad un altro soggetto, l'interponente, e che tale effetto sia l'unico o il principale motivo per cui è stato interposto un soggetto. Ciò dipenderà dalla situazione concreta che dovrà essere analizzata sulla base degli effettivi poteri decisori dell'interposto, con riferimento allo specifico reddito(38).

La clausola in esame non trova applicazione se il *beneficial owner* ed il percettore del reddito, pur essendo soggetti distinti, sono residenti nello stesso Stato contraente(39). E ciò si giustifica considerando che in tal caso non si ha alcun pregiudizio per l'erario dello Stato contraente. Non si realizza peraltro alcuna traslazione dei benefici convenzionali e, quindi, alcun uso improprio del trattato internazionale.

§ 3. Il *beneficial owner* dei redditi percepiti dal trust.

§ 3.1. Considerazioni generali: il trustee quale *beneficial owner*.

Si è visto in precedenza che la nozione di *benefi-*

Note:

(33) OECD, International tax avoidance and evasion. Four related studies. Double taxation conventions and the use of conduit companies, Parigi, 1987, p. 93.

(34) Così P. Baker, Double Taxation Conventions and International Tax Law [supra, nota 19], par. 10B-10.4.

(35) Si veda K. Vogel, Double taxation conventions [supra, nota 30], p. 562, che propone una definizione focalizzata sui poteri disposti del *beneficial owner*. Peraltro, la nozione di effettivo possessore è nota al diritto tributario italiano. Si veda, in tal senso, G. Palumbo, Considerazioni in margine alla convenzione-tipo Ocse del 1992, Riv. dir. trib., 1993, I, 237, a p. 240, che richiama l'articolo 37, ultimo comma, del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, oggi comma terzo.

(36) Sul beneficiario effettivo nei trattati stipulati dall'Italia, si rinvia a C. Perrone, Brevi note sul significato convenzionale del concetto di beneficiario effettivo, Rass. trib., 2003, 162.

(37) Cfr. Circolare ministeriale n. 306/E del 23 dicembre 1996; Risoluzione ministeriale n. 104/E del 6 maggio 1997.

(38) In tal senso, cfr. K. Vogel, Double taxation conventions [supra, nota 30], pp. 562-563.

(39) Cfr. art. 10, secondo paragrafo Modello OCSE. Tale formulazione è stata introdotta nel 1995.

cial owner rilevante nei trattati internazionali è differente e più ampia rispetto a quella propria degli ordinamenti della *common law*. Riferendo il discorso al trust, occorre premettere che diverse sono le soluzioni da accogliere in funzione delle diverse tipologie, da considerare non sulla base di una classificazione meramente nomenclatoria, bensì alla luce dello specifico atto istitutivo e della relativa legge regolatrice.

Nel discutere della determinazione del *beneficial owner* dei redditi percepiti dal trust le alternative principali sono due, *id est*, il trustee oppure il beneficiario. Non sembra infatti rilevante la figura del disponente, posto che questi non avrà di regola come tale alcun diritto sul reddito in questione. Nell'ipotesi in cui ciò avvenga (*grantor trust* o *settlor-interested trust*), è agevole ritenere che il *beneficial owner* sia il disponente.

Un primo punto fermo è rappresentato dalla considerazione che, in tutte le ipotesi in cui il trust è privo di beneficiari, il *beneficial owner* coincide con il trust stesso(40). La fattispecie è quella dei *charitable trust* o, negli ordinamenti in cui sono consentiti, dei trust di scopo.

Più complesso è il tema nel caso di trust con beneficiari, poiché l'individuazione del *beneficial owner* dipenderà, in sostanza, dalle caratteristiche concrete del trust e dai poteri del trustee.

Per dirimere la questione, occorre prendere le mosse dalla *ratio* sottesa alla clausola anti-abuso del *beneficial owner*. Si è detto che tale clausola ha lo scopo di contrastare fenomeni di elusione fiscale internazionale realizzati mediante interposizione di persona, fittizia e, almeno in talune ipotesi, reale. Pertanto, considerata la natura del trust e le caratteristiche dell'ufficio giuridico del trustee, non sembra potersi dubitare che, di regola, tale clausola non troverà applicazione per i redditi percepiti dal trust(41). Infatti, un trust valido non realizza un'interposizione fittizia di persona, in cui il trustee è l'interposto che agisce secondo le direttive dell'interponente, beneficiario o disponente(42). Ciò in quanto la simulazione soggettiva relativa, in cui consiste l'interposizione fittizia di persona, è in contrasto con l'essenza del trust e ne determina la nullità. Il trust inoltre non realizza, di regola, un'interposizione reale, in cui il trustee opera come un mero interposto del beneficiario con limitati poteri gestori e decisionali(43). Infatti, non appare corretto assimilare il rapporto giuridico nascente dal trust al contratto fiduciario o al mandato senza rappresentanza, in cui i soggetti sono

il beneficiario ed il trustee; ove ciò fosse possibile non si sarebbe più in presenza di un trust ma di uno degli istituti menzionati(44). E ciò anche considerando l'interposizione non nell'accezione propria del diritto civile, alla quale sembra rinviare il *mandataire*, ma in un significato più sfumato, connesso alla *ratio* sottesa alla clausola in esame. In altri termini, non si può accogliere l'idea che il trust sia sempre riconducibile ad una mera interposizione, nell'accezione cui fa riferimento la norma di diritto internazionale tributario che pone il requisito del *beneficial owner*.

L'unica tipologia di trust che realizza uno schema interpositorio, nella fattispecie di interposizione reale, è quella del *bare trust* (o *simple trust*)(45). Occorre comunque rilevare che, anche in tal caso, i beneficiari non hanno un potere di controllo sul trustee, ma hanno solo la spettanza diretta ed immediata dell'incremento patrimoniale. Da tale diritto si desume la coincidenza fra beneficiario e *beneficial owner*, nel caso del *bare trust*.

Se di regola il trustee sarà il *beneficial owner*, l'eccezione è rappresentata dal caso in cui questi sia obbligato a trasferire immediatamente tutti i redditi che percepisce al beneficiario(46).

I poteri che competono al trustee non possono essere individuati in generale, perché dipendono dallo specifico atto istitutivo e sono quelli necessari per realizzare lo scopo del trust. Tuttavia, come osservato da autorevole dottrina, il trustee non è uno strumento nelle mani del disponente o del beneficiario(47), che ne guidano l'azione. Situazione questa che inve-

Note:

(40) Si veda M. Lupoi, Trusts [*supra*, nota 13], p. 267.

(41) In tal senso v. M. Lupoi, Trusts [*supra*, nota 13], pp. 267-268.

(42) Sul tema si veda F. Gallo, Trust, interposizione ed elusione fiscale, in I. Beneventi (cur.), I trusts in Italia oggi, Milano, 1996, 289, a p. 298 s.

(43) In dottrina il trust è stato assimilato all'interposizione gestoria. Si veda R. Montinaro, Trust e negozio di destinazione allo scopo [*supra*, nota 10].

(44) Si veda M. Lupoi, I trust nel diritto civile [*supra*, nota 26], p. 313 e p. 348, dove si osserva che, se il trustee è nei fatti un mandatario, e quindi il trust è un mandato fiduciario, il trust è nullo.

(45) Si veda M. Lupoi, I trust nel diritto civile [*supra*, nota 26], p. 353 s.

(46) Così P. Baker, The application of the convention to partnerships, trust and other non corporate entities [*supra*, nota 11], p. 17

(47) Cfr. A. J. Oakley (ed.), Parker and Mellows, The modern law of trust, Londra, 1994, p. 130.

Saggi

ce si riscontra in quelle ipotesi considerate nel diritto internazionale tributario come antitetiche al *beneficial owner* (*conduit companies, agent, nominee, mandatario*). Il trustee non è di norma un mero amministratore, ma ha ampi poteri decisori ed è l'unico a poter effettuare atti dispositivi sul *trust fund*. La dottrina inglese non ha dubbi sul fatto che il trustee, che è l'unico proprietario dei beni in trust, non è un agente o un rappresentante dei beneficiari o del trust(48).

Nell'ipotesi in cui il trustee è un mero interposto, non si ha un trust valido, salvo il caso del *bare trust*.

In dottrina, è stato argomentato che il sintagma *beneficial owner* può includere il trustee, in quanto la non menzione del trustee nel commentario come esempio di soggetto che non è mai *beneficial owner* non è accidentale, ma riflette l'idea che il trustee può essere *beneficial owner*(49). In altri termini, solo i soggetti che agiscono come agenti o mandatari sono *ipso facto* esclusi dal novero del *beneficial owner*. Mentre il più complesso caso del trustee esula dalla soluzione proposta nel commentario al modello OCSE di trattato.

Concludendo sul punto, appare opportuno rilevare quanto segue. Gli effetti giuridici degli atti conclusi dal trustee si producono nella sfera giuridica di questo soggetto, unico proprietario dei beni in trust, ossia della fonte del reddito. Rispetto al trustee, il beneficiario è il soggetto passivo di un'obbligazione, definita nell'atto istitutivo, che non necessariamente riguarda una specifica *res* come, ad esempio, un dividendo, un interesse o un canone. Pertanto, il beneficiario non può essere considerato *beneficial owner* di uno specifico reddito percepito dal trustee se questi non è obbligato ad erogare tale reddito, così come percepito, al beneficiario.

È possibile distinguere i beneficiari finali, che hanno diritto a ricevere i beni in trust (beneficiari del capitale), dai beneficiari del reddito(50), ai quali spettano le utilità prodotte dai beni in trust. Un soggetto che rientra in questa seconda categoria può essere un *beneficial owner* di un reddito percepito dal trust, a certe condizioni. Diversamente, sembra opportuno ritenere che un beneficiario finale non è di regola un *beneficial owner*.

Un'ultima considerazione di ordine generale. In dottrina è stato osservato che il *beneficial owner* dei redditi prodotti dal trust è, in generale, il soggetto che ha un effettivo e concreto potere di decisione sul patrimonio costituito in trust(51). Secondo tale approccio, il *beneficial owner* sarà, di norma, il trustee,

poiché questi è (o meglio deve essere) il soggetto che ha l'effettivo potere di disporre dei beni in trust. Mette conto segnalare, inoltre, che più che ai poteri in generale sui beni in trust, si dovrebbe guardare allo specifico reddito cui si applica la clausola del *beneficial owner*. E, in particolare, si deve verificare se, rispetto a quel reddito, il trustee agisce da mero interposto oppure no.

§ 3.2. Considerazioni speciali su particolari tipologie di trust.

Si è detto che l'individuazione del *beneficial owner* di un reddito percepito dal trust dipende principalmente dall'atto istitutivo. Nell'ipotesi di un *discretionary trust* o di un *accumulation trust*(52), i poteri del trustee sono tali per cui egli dovrà essere considerato *beneficial owner* del reddito percepito dal trust. In un *discretionary trust* il trustee potrà decidere quali sono i beneficiari, se e quando erogare un reddito al beneficiario e quale ammontare di reddito erogare. In tali ipotesi non si può sostenere che di un reddito, ad esempio un dividendo, percepito dal trustee il *beneficial owner* sia un beneficiario.

Nell'ipotesi di un *accumulation trust*, i redditi percepiti entrano a far parte del capitale che costituisce il *trust fund*. Il beneficiario finale del trust ha diritto a tale capitale al termine del trust, ma non si può affermare che egli sia il *beneficial owner*, ai fini convenzionali, dello specifico reddito che il trustee percepisce e accumula. Ciò anche in considerazione del fatto che può intercorrere un notevole, seppur ragionevole, lasso di tempo tra l'accumulazione e l'erogazione finale. Diverso è il discorso nel caso del *bare trust*, in cui è agevole sostenere che il *beneficial owner* è il beneficiario, potendo ricondurre tale trust ad una situazione di interposizione reale a vantaggio del beneficiario.

Note:

(48) Cfr. P. Matthews, La collocazione del trust nel sistema legale [*supra*, nota 9], a p. 523.

(49) Così J. Prebble, Accumulation trust and double tax conventions, 1 British Tax Review, 77 (2001), a p. 78.

(50) Cfr. M. Lupoi, I trust nel diritto civile [*supra*, nota 26], pp. 317-318.

(51) Così C. Sacchetto, Brevi note sui trust e le convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni sul reddito [*supra*, nota 20], a p. 69.

(52) Cfr., *amplius*, J. F. Avery Jones, The treatment of trust under the OECD model convention, 2-3 British Tax Review, 74 (1989).

Nel caso di un *interest in possession trust*, ipotesi in cui il beneficiario ha il diritto a percepire il reddito nel momento in cui questo è prodotto dai beni in trust, il beneficiario può anche non avere alcun diritto sui beni in trust. Del resto, ciò è coerente con la considerazione per cui il *beneficial owner* può anche non essere il proprietario dei beni fonte del reddito(53) e non necessariamente deve avere dei diritti su tali beni.

Le medesime considerazioni valgono per il *life interest trust*, poiché il reddito percepito dal trust appartiene *ab initio* al beneficiario(54).

Non sembra invece assumere rilevanza la distinzione in funzione della revocabilità, posto che il potere di revoca non afferisce alla natura dell'ufficio del trustee.

Alla luce di quanto sinora esposto, occorre ribadire che, di regola, la clausola antielusiva del *beneficial owner* non si applicherà al trust e, fatte salve alcune ipotesi particolari, il trustee sarà considerato *beneficial owner* del reddito prodotto dal *trust fund*. La soluzione del caso concreto deve fondarsi sull'analisi degli effettivi poteri del trustee al fine di verificare se egli, con riferimento ai dividendi, interessi o canoni cui si dovrebbe applicare il trattato, agisce in sostanza come uno dei soggetti che il commentario al modello OCSE esclude dal concetto di *beneficial owner*.

A sostegno da tale impostazione, mette conto segnalare anche l'argomento per cui il beneficiario di un trust può avere un diritto alla percezione del capitale ma non del reddito. Di talché, il beneficiario non può essere considerato sempre il *beneficial owner* del reddito percepito dal trust.

In dottrina si registra anche una diversa posizione. È stato infatti sostenuto che, sebbene il beneficiario sia solo in talune ipotesi il *beneficial owner*, si deve comunque escludere che tale possa essere il trustee. Per superare i problemi applicativi, si fa quindi ricorso a considerare *beneficial owner* la categoria dei beneficiari e ad ipotizzare la possibilità che la *beneficial ownership* sia sospesa, fino a quando il reddito non è erogato ai beneficiari(55).

Tanto considerato, appare utile osservare la prassi amministrativa inglese. Con riferimento ai trust retti da una legge regolatrice straniera, l'amministrazione finanziaria inglese tende a considerare il trustee quale *beneficial owner* in tutti i casi in cui questi ha poteri discrezionali pieni. In assenza di tali poteri si guarda alla specifica tipologia di trust e, in particolare, si

guarda alla natura concreta del diritto attribuito al beneficiario. Se il trust è tale per cui il beneficiario ha un diritto attuale sullo specifico reddito prodotto dal trust(56), sin dal momento in cui questo è percepito dal trust, allora il *beneficial owner* non sarà il trustee bensì il beneficiario. Se, invece, il beneficiario non ha alcun diritto sullo specifico reddito, il *beneficial owner* sarà il trustee(57).

È interessante inoltre rilevare la riserva(58) apposta dalla Nuova Zelanda all'articolo 3 del modello di trattato OCSE. In tale riserva la Nuova Zelanda considera il trustee quale *beneficial owner* dei redditi percepiti e per i quali è soggetto passivo d'imposta(59).

Occorre rilevare che, se il trustee ed il beneficiario sono residenti nello stesso Stato contraente, le norme che prevedono la clausola del *beneficial owner* troveranno comunque applicazione, secondo la regola generale prevista nel modello di trattato OCSE.

§ 4. Trust interno e *beneficial owner*.

È noto che l'Amministrazione Finanziaria italiana identifica il *beneficial owner* (beneficiario effettivo) con il soggetto cui il reddito di fonte estera è imputato ai fini fiscali(60). Di talché nella prassi amministrativa italiana il beneficiario effettivo tende a coincidere con l'effettivo possessore del reddito.

Il punto fondamentale è quindi individuare il soggetto cui imputare fiscalmente i redditi prodotti dal trust interno. Sul tema non esiste un orientamento univoco, attesa l'assenza di precisi riferimenti norma-

Note:

(53) Cfr. G. Corasaniti, Dividendi, interessi, canoni e plusvalenze nel modello OCSE [*supra*, nota 28], a p. 488.

(54) Così J. F. Avery Jones, The treatment [*supra*, nota 52], a p. 72.

(55) Cfr. C. P. du Toit, Beneficial ownership [*supra*, nota 25], pp. 116-117. Tale tesi non appare condivisibile perché non è coerente con le finalità della clausola anti-abuso del *beneficial owner*.

(56) La prassi inglese identifica questo tipo di trust come *Baker trust*, dal caso giurisprudenziale *Archer-Shee v Baker* (11TC749).

(57) La prassi inglese identifica questo tipo di trust come *Garland trust*, dal caso giurisprudenziale *Garland v Archer-Shee* (15TCC693).

(58) Tale riserva è stata rimossa nel 2000, ma ad essa si conformano numerosi trattati stipulati dalla Nuova Zelanda.

(59) In tal senso è la prassi neozelandese nei trattati stipulati; cfr. J. F. Avery Jones, The treatment [*supra*, nota 52], a p. 69; J. Prebble, Accumulation trust and double tax convention [*supra*, nota 49], a p. 76.

(60) Cfr. Circolare del Ministero delle finanze 306/E/1996.

S a g g i

tivi ed il contrasto dottrinale(61). Di particolare interesse, però, è quanto emerge dalla prassi amministrativa con riferimento al tema del possesso del reddito mediante interposta persona.

L'Amministrazione Finanziaria italiana(62), infatti, ha sostenuto che un trust revocabile deve essere considerato un soggetto interposto dal disponente e che il reddito è da imputare a quest'ultimo. In tal caso sembra che il *beneficial owner* di un trust revocabile, nella prospettiva del diritto italiano (*rectius*, secondo la prassi amministrativa), sia da individuare nel disponente.

Inoltre, l'Amministrazione Finanziaria ha sostenuto che un trust non discrezionale è un soggetto interposto e che il reddito può essere imputato al beneficiario. Secondo tale impostazione dovrebbe concludersi che il *beneficial owner* di un trust non discrezionale sia il beneficiario.

Non occorre in questa sede soffermarsi sulla opinabilità di una simile ricostruzione interpretativa, che si presta, quanto meno, ad essere contestata per l'assimilazione del trust all'interposizione(63), fittizia o reale, sulla base della sola revocabilità o non discrezionalità(64). Peraltro, ove il trust realizzi un'interposizione, il problema fiscale sarebbe superato a causa della nullità del trust interno in attuazione dell'art. 13 della Convenzione de L'Aja, con la contestuale riqualificazione ai fini fiscali in altro istituto(65).

Interessa qui porre in evidenza che queste linee interpretative possono avere delle conseguenze sulla individuazione del *beneficial owner*. In ogni caso se il percettore del reddito di fonte estera ed il *beneficial owner* risiedono nello stesso Stato contraente, situazione che può essere sovente integrata dal trust interno, la clausola *de qua* non trova applicazione. Il problema in tale situazione si trasferisce sul piano della legittimazione a chiedere l'applicazione del trattato internazionale.

Occorre in conclusione rilevare che, seguendo le teorie sulla *dual ownership* come dicotomia tra proprietà formale del trustee e proprietà sostanziale del beneficiario(66), si dovrebbe concludere che il *beneficial owner* dei redditi, inteso nell'accezione del diritto internazionale, è sempre il beneficiario, poiché il trustee sarebbe un mero interposto. Tuttavia, come noto, tali teorie appaiono oggi superate dalla dottrina(67).

Nel diritto inglese è chiaro che l'unico proprietario dei beni in trust è il trustee. Vero è che la situa-

zione proprietaria del trustee nel diritto italiano deve essere ricostruita autonomamente, secondo le categorie civilistiche, non potendosi importare istituti della *property law*. Tuttavia basti qui rilevare che la dottrina tende a non identificare nel trustee un proprietario formale, guardando, piuttosto, alla proprietà fiduciaria.

§ 5. Conclusioni.

Volendo trarre delle considerazioni conclusive, si può fermare l'attenzione sul fatto che, di regola, il trustee deve essere considerato il *beneficial owner* dei redditi percepiti dal trust. Non appare corretto, infatti, ritenere applicabile al trust la clausola anti-abuso del *beneficial owner*, data la *ratio* della stessa quale norma volta a contrastare fenomeni di interposizione fittizia e reale finalizzati a traslare i benefici di un trattato ad un soggetto escluso dall'ambito di applicazione dello stesso. Questa considerazione generale può trovare delle eccezioni nei casi in cui il trustee

Note:

(61) In senso favorevole all'imputazione del reddito al trustee, si veda A. Fedele, *Visione di insieme della problematica interna*, in I. Beneventi (cur.), *I trusts in Italia oggi* [supra, nota 42], 269, a p. 273; F. Paparella, *Brevi riflessioni aggiornate in tema di trusts, elusione ed interposizione di persona*, *Bollettino trib.*, 2002, 485, a p. 489. *Contra*, E. Nuzzo, *E luce fu sul regime fiscale del trust*, *Banca, borsa*, 2002, II, 244, a p. 265.

(62) Cfr. Circolare ministeriale Agenzia delle entrate 99/E/2001, paragrafo 2.3.

(63) Escludono il trust come ipotesi di interposizione fittizia F. Paparella, *Brevi riflessioni aggiornate in tema di trusts, elusione ed interposizione di persona* [supra, nota 61], a p. 495 s.; G. Marino, *Riorganizzazioni personali internazionali, trusts ed elusione fiscale*, *Riv. dottori commercialisti*, 1999, 23, a p. 36, nota 18; M. Cerrato, *Elusione fiscale e trust - I*, in questa Rivista, 2002, 175, a p. 183. Inoltre, si tende ad escludere che si possa configurare un possesso dei redditi per interposta persona da parte dei beneficiari o del disponente; si veda, in tal senso, A. Fedele, *Visione di insieme della problematica interna* [supra, nota 61], a p. 276.

(64) Su trust ed interposizione reale, si veda G. Marino, *Elusione fiscale e trust: spunti dall'esperienza statunitense*, in questa Rivista, 2002, 370, a p. 372. Peraltro, l'autore esclude che un *irrevocable discretionary trust* sia un'ipotesi di interposizione reale.

(65) Si veda in tal senso la Risoluzione 8/E del 17 gennaio 2003, dove il trust è stato riqualificato ai fini fiscali come mandato con rappresentanza. Per un commento, cfr. M. Lupoi, *Osservazioni sui primi interpellati riguardanti trust*, *Fisco*, 2003, 4342. In senso critico, si veda A. Salvati, *Profili fiscali del trust* [supra, nota 6], p. 260 s.

(66) Su tali teorie, si veda R. Montinaro, *Trust e negozio di destinazione allo scopo* [supra, nota 10], p. 25 s.

(67) È interessante notare che, già in un saggio del 1959, la dottrina di diritto comparato aveva escluso che il trust realizzi una divisione del diritto di proprietà tra un titolare formale ed uno sostanziale, cfr. M. Buonincontro, *Trust e civil law*, *Riv. dir. civ.*, 1959, II, 680, a p. 681.

abbia di fatto dei poteri limitati, tali per cui agisce da mero amministratore nell'interesse di altri, dai quali riceve le direttive. Il tema centrale è quindi l'effettività della figura del trustee e l'ampiezza dei suoi po-

teri, poiché i poteri di cui dispone (o meglio deve disporre) il trustee sono di regola ben più ampi e complessi di quelli che caratterizzano i soggetti considerati antitetici al *beneficial owner*.

Saggi

Compatibilità del trust con il sistema italiano

di Francesco Scaglione

Il tema della ammissibilità del trust c. d. interno nell'ordinamento italiano è legato essenzialmente alla soluzione di un triplice ordine di questioni, le quali sono intimamente connesse tra loro: a) la possibilità di riconoscere il *trust fund* quale patrimonio separato, non aggredibile dai creditori del trustee, in quanto destinato al perseguimento dello scopo del trust; b) la natura della situazione giuridica soggettiva facente capo al trustee; c) la trascrivibilità del trust al fine di opporre ai terzi creditori gli effetti segregativi che discendono da tale istituto.

Al riguardo, è necessario partire da un dato di fatto inconfutabile: la prassi notarile e, ancor più, la giurisprudenza di merito, sembrano ormai orientati al pieno riconoscimento della compatibilità del trust con il nostro sistema giuridico(1). Le motivazioni di questa scelta discendono dalle soluzioni date ai problemi summenzionati; soluzioni che, tuttavia, non sempre coincidono con quelle prospettate in dottrina.

Emblematica del *trend* giurisprudenziale in parola è, ad esempio, la recente sentenza del Tribunale di Brescia del 12 ottobre 2004(2), che ha dichiarato la impignorabilità, da parte del creditore del disponente, dei beni che questi abbia vincolato in un trust, sulla base del rilievo che l'art. 11 della Convenzione de L'Aja "rappresenta l'eccezione al principio di responsabilità illimitata con tutto il patrimonio del debitore, poiché di fonte legislativa".

Qui si affaccia la *vexata quaestio* della natura della Convenzione del 1985, che, ratificata con la legge 16 ottobre 1989, n. 364, sembra assumere per alcuni (cfr. Lupoi e Gambaro) la valenza di normativa di diritto materiale uniforme anziché di diritto internazionale privato(3).

In altri termini, l'attenzione alla norma di cui all'art. 2740, II comma cod. civ., secondo cui le limitazioni della responsabilità patrimoniale del debitore non sono ammesse se non nei casi previsti dalla legge, ha quasi costretto a rinvenire nella Convenzione ratificata una vera e propria deroga legale al principio di cui al primo comma dello stesso articolo.

In questa prospettiva, è stato rilevato che "gli artt. 2 e 11 della Convenzione introducono nell'ambito degli ordinamenti degli Stati contraenti un regime

patrimoniale speciale di tipo segregativo che si pone come derogatorio rispetto alla normativa di diritto comune.

In particolare, con riferimento all'ordinamento italiano, la disciplina dell'art. 2740 cod. civ. risulta così immediatamente e direttamente derogata dal sistema normativo di cui alla Convenzione dell'Aja, che rispetto ad essa deve essere considerato come speciale alla stessa stregua di quanto si verifica per le altrettanto speciali (e derogatorie del principio generale previsto in tale norma) discipline di cui all'art. 1707 cod. civ. (che segrega i beni acquistati in nome proprio dal mandatario senza rappresentanza da quelli che gli appartengono ad altro titolo)(4) oppure alla normativa relativa al sequestro marittimo (che segrega il bene nave dal resto del patrimonio di chi ne è titolare a favore dei soggetti che vantano al riguardo *maritime claims*) oppure alle normative relative alla costituzione di patrimoni separati costituiti in veri e propri fondi specificamente destinati alla soddisfazione delle pretese di alcuni soggetti"(5).

Note:

Francesco Scaglione è professore associato dell'Università di Perugia. Il testo riproduce la relazione, con modificazioni, presentata al Convegno "Il trust in Italia oggi - Modalità applicative" organizzato dall'Associazione "Il trust in Italia" svoltosi a Palermo il 23 aprile 2005.

(1) Cfr. G. Fanticini, La giurisprudenza recente sui trust interni, in questa Rivista, 2005, 5.

(2) Trib. Brescia, 12 ottobre 2004, in questa Rivista, 2005, 83.

(3) Si veda: A. Gambaro, Trust e trascrizione, in questa Rivista, 2002, 346; M. Lupoi, Trusts, II ed., Milano, 2001, p. 529.

(4) Ma v. L. Santoro, Il trust in Italia, Milano, 2004, p. 234, la quale sottolinea - giustamente - come "l'effetto segregativo prodotto dal mandato inerisca ai beni che sono conseguenza dell'attività gestoria del mandatario, e non anche a quelli di cui il mandatario diviene proprietario per effetto di atti strumentali al compimento dell'attività demandatagli, come nel caso in cui il mandante fornisca una provvista al mandatario per l'espletamento del suo incarico, ovvero il mandatario reinvesta il ricavato della vendita dei beni oggetto del mandato nel caso di mandato senza rappresentanza ad alienare".

(5) S. M. Carbone, Autonomia privata, scelta della legge regolatrice del trust e riconoscimento dei suoi effetti nella Convenzione dell'Aja del 1985, in questa Rivista, 2000, 145, a p. 147. Cfr. anche M. Lupoi, Lettera a un notaio conoscitore dei trust, in questa Rivista, 2002, 169, a p. 172; Riv. not., 2001, I, 1159; S. Bartoli, Il Trust, Milano, 2001, p. 629, secondo cui alla legge 16 ottobre 1989, n. 364, di ratifica della Convenzione, può attribuirsi natura di legge *extra codicem* introduttiva di una nuova fattispecie di patrimonio separato.

A ciò si aggiunga – prescindendo dalla questione del valore giuridico da attribuire alla Convenzione – che la dottrina più attenta ha proceduto alla decostruzione del dogma dell'unità del patrimonio, mentre la giurisprudenza (v., da ultimo, Trib. Bologna, 1° ottobre 2003(6)) ha ammesso che l'art. 2740 cod. civ. non costituisce norma di ordine pubblico, come tale inderogabile.

È stato Antonio Gambaro ad aprire la strada, mettendo in evidenza che, essendo la funzione dell'art. 2740 cod. civ. essenzialmente quella di tutelare le ragioni dei creditori, ovverosia il loro interesse a soddisfarsi sul patrimonio del debitore, il divieto di costituzione di patrimoni separati in via pattizia può certamente essere sostituito – quale strumento di tutela – dall'azione revocatoria(7). Ne deriva che l'unitarietà della garanzia patrimoniale di cui all'art. 2740 cod. civ. non deve considerarsi un “dogma sacro e intangibile” (così, Trib. Bologna, 1° ottobre 2003).

Inoltre, il proliferare nell'ordinamento interno di ipotesi di patrimoni separati (si pensi, ad esempio, ai valori mobiliari gestiti dalle SIM, ex art. 22 D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, ovvero a quelli delle s.p.a. destinati ad uno specifico affare ex art. 2447 bis cod. civ., introdotti dalla riforma del 2003) ha indotto la dottrina a considerare “fortemente ridimensionato” il principio di indivisibilità del patrimonio, onde si deve ritenere che la ammissibilità della separazione patrimoniale non va più valutata con riguardo alla sua fonte (legale o convenzionale) bensì agli interessi concretamente perseguiti dalle parti, che possono risultare prevalenti sugli interessi dei creditori(8).

Ma v'è di più. Il grande merito della dottrina più recente sta, a nostro avviso, nell'aver spostato l'attenzione degli interpreti nella giusta direzione, che è quella del profilo causale del trust. L'interesse che regge l'efficacia del trust, che costituisce anche la causa dell'attribuzione patrimoniale al trustee da parte del disponente, non è quello di creare un patrimonio segregato, bensì di soddisfare, attraverso il meccanismo dell'affidamento, i bisogni o le necessità del beneficiario o dello stesso disponente, ovvero ancora quello di arricchire il beneficiario per spirito di liberalità(9).

In altri termini, l'effetto segregativo è puramente strumentale al soddisfacimento degli scopi del trust(10).

Sulla scia di questa intuizione, si è pervenuti alla conclusione che la posizione giuridica del trustee non è quella del pieno proprietario ex art. 832 cod. civ., bensì una situazione di natura reale atipica e perciò

distinta dalla situazione di appartenenza dei restanti beni dell'affidatario. Questa speciale natura del diritto trasferito in capo al trustee si giustificherebbe proprio in ragione dello scopo del trust; ne deriva che il problema della compatibilità del trust con l'art. 2740 cod. civ. è superato, dal momento che i beni affidati al trustee, in virtù della speciale natura del diritto reale attribuito a costui, rimangono giocoforza esclusi *ab origine* dai restanti beni di cui egli è invece proprietario(11).

Si tratta, evidentemente, di una sorta di proprietà funzionalizzata, che è stata classificata come proprietà fiduciaria temporanea. Il trustee è titolare, quale proprietario, dei beni del trust solo per il tempo occorrente allo svolgimento dell'incarico derivante dall'atto istitutivo. Il mutamento di indirizzo ricostruttivo rispetto alle tesi di Lupoi ci sembra risieda essenzialmente nel fatto che non è “l'effetto di segregazione che preclude l'ingresso dei beni del trust nel patrimonio generale del trustee, il quale non può mai trarre da essi alcuna utilità personale, e il trasferimento dei beni dal disponente al trustee ha l'unico effetto di attribuire efficacia *erga omnes* (tramite la trascrizione del trust) al vincolo che il trust impone sulle posizioni soggettive che ne costituiscono l'oggetto”(12); il discorso va invece incentrato, secondo l'opinione in esame, sulla natura del diritto del trustee, del quale l'effetto segregativo costituisce logico, intrinseco corollario(13).

Note:

(6) Trib. Bologna, 1° ottobre 2003, in questa Rivista, 2004, 67; Vita not., 2003, 1297 (nota L. Santoro).

(7) A. Gambaro, Segregazione e unità del patrimonio, in questa Rivista, 2000, 155, a p. 156.

(8) L. Santoro, Il trust in Italia [*supra*, nota 4], p. 76 e p. 78.

(9) Si veda M. Lupoi, Trusts [*supra*, nota 3], p. 615: “La causa del trust è da rinvenirsi nel programma della segregazione di una o più posizioni soggettive unitariamente considerate (beni del trust), delle quali il disponente si spoglia, o trasferendole a un terzo (il trustee), o isolandole giuridicamente nel proprio patrimonio, per la tutela di interessi che l'ordinamento ritiene meritevoli di tutela (scopo del trust)”.

(10) L. Santoro, Il trust in Italia [*supra*, nota 4], pp. 80-82.

(11) In argomento, v. P. Manes, Trust e art. 2740 c.c.: un problema finalmente risolto, Contratto e impr., 2002, 570.

(12) M. Lupoi, Trusts [*supra*, nota 3], pp. 576-577.

(13) In realtà, anche Lupoi pone al centro della sua analisi gli interessi concretamente perseguiti dal trust, che “è molto più di un atto di segregazione”: cfr. M. Lupoi, I trust nel diritto civile, in Trattato di Diritto Civile diretto da Sacco, I diritti reali, vol. 2, Torino, 2004, p. 206.

S a g g i

La soluzione da ultimo prospettata è senza dubbio apprezzabile e interessante, ma presuppone necessariamente la decostruzione di un altro dogma, quello della tipicità dei diritti reali, atteso che la proprietà fiduciaria del trustee è un diritto reale connotato non già dal punto di vista strutturale, ma da quello funzionale.

L'argomento decisivo, in proposito, fa perno sulla considerazione che l'esigenza di tutela dei terzi acquirenti a titolo particolare non è pregiudicata dalla costituzione di un diritto reale atipico, poiché nei loro riguardi opererebbero comunque le norme sulla trascrizione, ai fini della opponibilità del vincolo reale, ovvero la norma di cui all'art. 1153 cod. civ., che consente al possessore in buona fede di beni mobili di acquistarne la proprietà a titolo originario, libera da diritti altrui sulla cosa, se questi non risultano dal titolo(14).

In particolare, ammettere la trascrizione di un diritto reale atipico significa ritenere superato il principio di tipicità della trascrizione non solo sotto il profilo degli atti trascrivibili, ma anche sotto quello degli effetti.

Per parte nostra, vorremmo sviluppare alcuni dei suddetti rilievi, partendo anche dalla diversa considerazione, autorevolmente sostenuta, secondo cui la situazione soggettiva attribuita al trustee è in realtà una proprietà piena ex art. 832 cod. civ., restando costui gravato da un vincolo di natura obbligatoria nei confronti del disponente(15).

In questa prospettiva, è stato altresì osservato come l'evoluzione del sistema mostri chiaramente che la trascrivibilità di situazioni di natura obbligatoria è ormai un dato acquisito. Si pensi, ad esempio, alla trascrizione dei regolamenti condominiali o delle convenzioni di lottizzazione, così, come, d'altro canto, delle locazioni ultranovennali o delle vendite obbligatorie(16). Ciò a dimostrazione del fatto che oggi la linea di confine tra diritti reali e diritti di credito si è assottigliata notevolmente, avuto riguardo al requisito della absolutezza, che diviene sinonimo non già di realtà, bensì di opponibilità e, quindi, di trascrivibilità. Il che, peraltro, conferma l'erosione del principio di tipicità della trascrizione.

Orbene, il vero dogma da sfatare, al riguardo, è, a nostro avviso, quello secondo cui la proprietà e, in genere, i diritti reali sono da considerare l'unico modello di diritti patrimoniali assoluti, intesi come diritti aventi una sfera di efficacia più vasta di ogni altra situazione giuridica, in quanto tutelabili *erga omnes*.

In realtà, proprio il diritto del trustee sui beni del trust, in quanto funzionalizzato al perseguimento degli scopi del trust, pur derivando dalla proprietà del disponente, ci induce a pensare che si tratti non di diritto reale atipico, ma di diritto o interesse patrimoniale meritevole di tutela assoluta e, pertanto, che il trust sia un atto soggetto a trascrizione(17).

Non è un mero gusto classificatorio a spingerci in questa direzione, ma una naturale, si perdoni l'espressione, "repulsione" per il mito della realtà a tutti i costi delle situazioni soggettive assolute che hanno ad oggetto beni patrimoniali, tutte le volte in cui la natura del bene sia conformata ad una dimensione diversa da quella semplicemente spaziale o materiale, come nel caso in cui si abbia riguardo alla funzione di esso.

In altri termini, i beni del trust, in quanto vincolati ad una precisa destinazione, sono suscettibili di formare oggetto di una situazione giuridica autonoma, così come emerge dagli artt. 2 e 11 della Convenzione de L'Aja.

Questa nuova impostazione del tema spezza il legame tra la categoria del diritto soggettivo e quella del diritto di proprietà, ove la prima trova, storicamente, il suo antecedente dogmatico e dalla quale deriva in base ad un processo di astrazione logica; sotto questo profilo, l'appartenenza viene tradizionalmente fatta coincidere con la c. d. appropriabilità, che denota lo *ius excludendi alios* rispetto al godimento di un determinato bene. La stessa etimologia del termine "appropriazione" rivela, in modo evidente, la connessione al concetto di proprietà: *proprius* è, infatti, la radice comune che indica la pertinenza esclusiva, assoluta, del bene al soggetto.

Del resto, è possibile affermare che non esiste corrispondenza perfetta tra forme di tutela e situazioni soggettive protette; prova ne sia il fatto che i caratteri tradizionalmente indicati come criteri distintivi della tutela dei diritti assoluti, ed *in primis* di quelli reali, vale a dire la direzione della tutela *erga omnes*

Note:

(14) L. Santoro, Il trust in Italia [*supra*, nota 4], p. 139 e p. 156.

(15) A. Palazzo, Pubblicità immobiliare e opponibilità del trust, in questa Rivista, 2002, 337.

(16) A. Palazzo, Pubblicità immobiliare [*supra*, nota 15], a p. 340 s.

(17) Cfr. P. Spada, Diritto commerciale, I, Parte generale, Padova, 2004, p. 139, secondo cui il trust configura una appartenenza funzionale di beni.

e/o la misura di tutela richiesta in giudizio (ripristinativa e inibitoria), si sono rivelati estensibili, in alcuni casi, anche alla tutela (c. d. personale) dei diritti di credito.

Le suddette osservazioni, d'altro canto, sono in linea con una moderna ed autorevole corrente di pensiero, secondo cui la c. d. absolutezza, intesa come tutelabilità o efficacia *erga omnes*, è prerogativa generale di tutte le situazioni giuridiche di vantaggio, atteso che tale tutela interviene a seguito di ogni ingiustificata lesione degli interessi protetti da quelle situazioni e prescindendo, quindi, tanto dalla presunta violazione di un dovere negativo di *alterum non laedere*, quanto dalla natura, reale o personale, dei diritti o delle situazioni lese(18).

In questa prospettiva, perde rilevanza o entra in crisi la stessa distinzione tra diritti assoluti e relativi, cui fa da *pendant* quella, oggi giorno altrettanto discussa in dottrina, tra diritti reali e di credito(19).

Sotto questo profilo, l'absolutezza appare un concetto strettamente dipendente da quello di appartenenza, proprio perché traduce, sul piano della difesa giudiziale, la caratteristica della esclusività della situazione giuridica spettante ad un determinato soggetto. La situazione assoluta indica, pertanto, un meccanismo in virtù del quale è stabilita una riserva, a favore di dati soggetti, delle utilità (tutte o alcune) che è possibile ricavare dal godimento di un bene. Tuttavia, lo si è notato in precedenza, la visione *realista* del problema dell'appartenenza, nel senso dell'identificazione della situazione assoluta con quella di tipo reale, è ormai un mito da sfatare; se, infatti, tale identificazione poggia essenzialmente su basi interpretative di natura storica, essa sembra non reggere più innanzi alla moderna dogmatica dei diritti soggettivi. Sono di estrema rilevanza, in proposito, le osservazioni di Giovanni Pugliese, secondo cui il concetto di appropriabilità andrebbe inteso "senza nessu-

no specifico riferimento alla proprietà, bensì in senso generico come possibilità di trarre dal bene utilità esclusive, si raggiunga questo risultato con la proprietà o con un diritto diverso"(20).

Il ricorso al binomio appartenenza/appropriabilità per designare forme di godimento esclusivo di beni da parte del titolare di una situazione assoluta è, quindi, un dato quasi ineliminabile del lessico giuridico.

Queste riflessioni ci inducono a ritenere che la trascrivibilità del trust sia un corollario della necessaria opponibilità del diritto del trustee; senza la trascrizione, peraltro consentita dall'art. 12 della Convenzione de L'Aja, infatti, sarebbe vanificato lo stesso scopo del trust, che necessita della blindatura dei beni destinati al suo perseguimento.

La chiave di volta per ottenere la trascrizione è data, come ormai unanimemente riconosciuto, dalla compilazione del quadro "D" della nota da presentare al Conservatore, dalla quale emergerà la particolare qualità di trustee del richiedente e, quindi, la natura assoluta, ma non reale, della situazione giuridica a lui facente capo in virtù del negozio istitutivo del trust.

Note:

(18) L. Bigliazzi Geri – U. Breccia – F. D. Busnelli – U. Natoli, Diritto civile, 1, t. I, Norme, soggetti e rapporto giuridico, Torino, 1987, pp. 275-279.

(19) L. Bigliazzi Geri – U. Breccia – F. D. Busnelli – U. Natoli, Diritto civile [supra, nota 18], p. 294: "Una distinzione tra diritti assoluti e relativi sarebbe, pertanto, prospettabile se, con essa, si volesse soltanto sottolineare quell'aspetto dei secondi (in realtà, essenzialmente del credito) che si manifesta nella ricordata intermediazione del comportamento necessitato di un altro soggetto, a ciò specificamente tenuto, quale momento indispensabile per il soddisfacimento dell'interesse-presupposto".

(20) G. Pugliese, Dalle *res incorporales* del diritto romano ai beni immateriali di alcuni sistemi giuridici odierni, Riv. trim. dir. e proc. civ., 1982, 1137, a p. 1181, nota 68.

Saggi

La segregazione patrimoniale del trust con particolare riguardo alle operazioni di cartolarizzazione

di Mirca Sacchi

SOMMARIO: § 1. La ricostruzione unitaria del fenomeno della separazione patrimoniale e il superamento della tripartizione autonomia – separazione – segregazione. – § 2. Le differenti gradazioni della separazione patrimoniale e l'incomunicabilità bidirezionale del trust applicata alle operazioni di titolazione dei crediti. – § 3. La separazione del patrimonio cartolarizzato nella L. 30 aprile 1999, n. 130 e i vantaggi conseguenti all'utilizzo del trust.

§ 1. La ricostruzione unitaria del fenomeno della separazione patrimoniale e il superamento della tripartizione autonomia – separazione – segregazione.

Giunti allo stadio di approfondimento sul trust cui oggi siamo arrivati, per la copiosità di scritti e di approfondimenti registrabili sull'argomento, può costituire un'affermazione quasi scontata che l'elemento di forza del trust risieda nella segregazione patrimoniale che dalla sua istituzione necessariamente consegue.

È fin troppo noto, infatti, come la Convenzione de L'Aia, all'art. 11, annoveri tra gli effetti necessari ed imprescindibili del riconoscimento del trust quello della segregazione del *trust fund*, che si configurerebbe così in termini di patrimonio separato rispetto ai restanti beni personali del trustee.

Com'è parimenti noto, la creazione di un patrimonio separato comporta la formazione di una massa diversificata dal restante patrimonio del soggetto, con riserva di azione esecutiva in favore di quei creditori soltanto il cui credito sia sorto in connessione con la particolare destinazione impressa a quella parte del patrimonio, e quindi in modo che tale gruppo di beni sfugga alla regola generale dell'art. 2740 cod. civ., che rimarrebbe operativa avuto riguardo agli altri beni del soggetto(1).

.....
Note:

Mirca Sacchi è avvocato in Perugia e collaboratore di ricerca presso il Di-

partimento per gli Studi Giuridici A. Giuliani dell'Università di Perugia. Il testo riproduce la relazione, con modificazioni, presentata il 19 novembre 2003 al primo corso di formazione "Il diritto dei trust", organizzato dall'Università di Genova.

(1) In dottrina si è già da tempo precisato (*ex pluris*, A. Pino, Il patrimonio separato, Padova, 1950) che può parlarsi di patrimonio separato solo qualora la destinazione ad uno scopo si correli a norme di diritto positivo, che valgano a rendere opponibile la separazione nei confronti dei terzi e dello stesso titolare.

Infatti, tra gli esponenti della migliore dottrina civilistica italiana, vi è concordia di opinioni circa l'impossibilità di ascrivere al novero delle masse patrimoniali separate i c. d. patrimoni con vincolo di destinazione, per i quali è la semplice volontà dei privati ad imprimere ai diversi elementi una sorte comune, erigendo essa stessa limiti alla garanzia patrimoniale ed alla loro utilizzabilità. In tale categoria comunemente sogliono farsi rientrare i patrimoni fiduciari (in senso contrario, l'elaborazione teorica tedesca), in cui l'obbligo del fiduciario ha natura relativa e all'eventuale inadempimento consegue il semplice risarcimento del danno, rimanendo pur sempre salva la facoltà per i terzi di aggredire i beni, pur se a conoscenza del rapporto fiduciario tra trasferente ed attuale proprietario, e, in caso di fallimento del fiduciario, al fiduciante non è riconosciuta alcuna prerogativa se non quella di inserirsi nella procedura fallimentare, come un qualsiasi creditore chirografario.

V'è tuttavia da dire che la proliferazione negli ultimi tempi di interventi normativi volti ad un ampio riconoscimento in via legislativa della separazione patrimoniale di masse costituisce il più evidente indice di un sistema che si sta muovendo verso una sempre maggiore tutela dell'interesse del beneficiario, benché a tutt'oggi, alla stregua dell'opinione più diffusa, risulterebbe dominante il rilievo che, in mancanza di un'esplicita indicazione legislativa circa la sussistenza di una massa patrimoniale distinta, il titolare non possa unilateralmente scindere in più nuclei separati il suo patrimonio, sì da incanalare nelle diverse masse le azioni esecutive dei propri creditori a seconda dello scopo per il quale il debito è stato contratto.

Si afferma, infatti, che il principio secondo il quale la separazione dei patrimoni è un fenomeno che può trovare la sua base solo in norme di diritto positivo tragga diretto fondamento dall'argomento di *policy* in virtù del quale, per ragioni di tutela del credito, non è ammissibile riconoscere al titolare il potere di manipolare a suo piacimento la garanzia generica offerta dal suo patrimonio, determinando il modo ed il *quantum* della propria esposizione alle azioni esecutive dei propri creditori, giacché ciò equivarrebbe a riconoscergli un largo tasso di arbitrio nell'adempimento delle proprie obbligazioni.

In realtà, come già segnalato da un'illustre ed avveduta dottrina (v. A. Gambaro, Segregazione e unità del patrimonio, in questa Rivista, 2000, 155), se la giustificazione del limite all'autonomia privata nella creazione di patrimoni separati si incentra sulla contemplazione dell'interesse creditorio, non si può ignorare come la tutela di tale interesse sia nel nostro ordinamento riservata al solo strumento revocatorio, e non possa pertanto trovare diversa fonte in asserite riserve di legge in ordine alla costituzione di patrimoni separati o autonomi, considerato che la sola volontà del *dominus* risulta comunque decisiva al fine di immettere beni nella comunione legale, effettuare accantonamenti previdenziali, anche mediante polizze di assicurazione sulla vita, donazioni ad associazioni e comitati. Senza considerare poi, sempre riprendendo le parole dell'autore citato, che la volontà del *dominus* rimane unica sovrana nei conferimenti in società, nella vendita di beni, nelle cessioni di crediti e per una infinita

(Segue)

Per colui che intenda procedere all'analisi di uno dei principali modelli stranieri di destinazione patrimoniale, una delle problematiche che inevitabilmente si pone nella trasposizione concettuale ed operativa tra ambiti culturali di diversa tradizione, è quella se il riconoscimento degli effetti del trust conduca, in termini di comparazione ed equipollenza funzionale, ad una rivisitazione della nozione comune di patrimonio separato, considerato che l'elemento qualificante dell'istituto in parola risiede nella "incomunicabilità bidirezionale" tra il patrimonio del trust ed il soggetto che ne è titolare. Detta caratterizzazione costituisce infatti, per parere corale, il maggiore elemento di forza del trust, sul quale specificatamente si appunta la sua competitività applicazionale(2).

L'ipotesi di lavoro da cui muove questa ricerca ripropone in verità l'inveterata questione che ha affaticato per anni la migliore dottrina civilistica italiana, se sia possibile attribuire valenza sistematica unitaria all'assoggettamento di una massa di beni ad una destinazione particolare, problematica questa che si pone con sempre maggiore insistenza nel sistema attuale, per il significativo proliferare – soprattutto negli ultimi decenni – di una legislazione speciale inferente complesse e variegate fenomenologie di destinazione di patrimoni ad uno scopo.

Si pensi, a tal proposito, al D. Lgs. 3 marzo 1993, n. 88, che ha introdotto nel nostro sistema il modello della società unipersonale a responsabilità limitata, sino al D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, che ha esteso detta opportunità anche alle società per azioni, nonché alla possibilità di destinare porzioni del patrimonio sociale ad uno specifico affare, alla L. 23 marzo 1983, n. 77, che all'art. 3 ha per prima fissato apposite regole in tema di separazione nella complessa fenomenologia dei fondi comuni di investimento aperti e chiusi, senza poi dimenticare la L. 2 gennaio 1991, n. 1 su "Disciplina delle attività di intermediazione mobiliare e disposizioni sull'organizzazione dei mercati mobiliari" (art. 8), che ha dato al principio di separazione una portata generale, estendendolo a tutte le ipotesi di gestione patrimoniale, al D. Lgs. di riforma 23 luglio 1996, n. 415 (c. d. decreto Eurosim), sino ad arrivare al D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 ("Tuif."), che, estendendo ulteriormente il campo di applicazione del principio, costituisce all'art. 22 l'attuale normativa di riferimento in materia di separazione.

In questo ambito un posto di preminente rilievo

riveste poi la recente L. 30 aprile 1999, n. 130, che garantisce la separazione dei patrimoni cartolarizzati e della quale ci si occuperà più dettagliatamente nel prosieguo del lavoro.

Muovendo da questo complesso quadro normativo di riferimento, già un primo ausilio verso una plausibile ricostruzione unitaria del fenomeno della separazione patrimoniale lo possiamo trarre dando conto del lento processo di maturazione del pensiero moderno che, volgendo verso una graduale affranca-

Note:

(Continua nota 1)

gamma di negozi di scambio, rispetto ai quali, fatte salve le limitate risorse del sistema revocatorio, non sussiste alcun controllo che eviti scambi rovinosi o depauperatori.

Muovendo da queste considerazioni, non è peregrino concludere nel senso dell'inevitabile tramonto della concezione unitaria del patrimonio, portato di un'elaborazione tratta da dottrine giuridiche francesi che facevano discendere il dogma dell'unità del patrimonio come necessaria conseguenza dell'unità del diritto della personalità, e riguardare le indiscutibili deviazioni a tale regola unitaria (si pensi all'ipotesi di costituzione di fondo patrimoniale, di patrimonio familiare o di dote e, in materia non familiare, al caso di accettazione di eredità con beneficio di inventario o del patrimonio dell'assente, al regime degli acquisti da parte del mandatario senza rappresentanza, inattuabili da parte dei suoi creditori se non subordinatamente alla data certa del mandato) come eccezioni alla regola generale, giustificabili solo in base ad un'espressa disposizione di legge.

(2) Si v. M. Lupoi, *Trusts*, II ed., Milano, 2001, p. 567, che segnala come la peculiarità del trust risieda proprio nella chiusura di quello che altrimenti sarebbe il punto di passaggio fra patrimonio generale ed oggetto del trust e tale effetto ostativo sarebbe individuabile, sia per i trust in cui ricorre il trasferimento dal disponente al trustee, sia nei casi in cui i due patrimoni siano appartenenti al medesimo soggetto, per essersi il disponente esso stesso autodesignato trustee.

L'autore infatti sottolinea che, mentre nella separazione che potremmo definire nostrana si può comunque ravvisare l'esistenza di un punto di passaggio unidirezionale fra il patrimonio separato ed il patrimonio ordinario del soggetto, situazione che consente sia la comunicazione della responsabilità dal patrimonio generale a quello separato, sia la comunicazione degli arricchimenti dal patrimonio separato a quello generale, con conseguente possibilità da parte dei creditori non riservatari di agire esecutivamente sugli stessi, nel trust invece si avrebbe un distacco totale e definitivo tra le due sfere perché manca questa tipica comunicazione mediata della responsabilità dal patrimonio separato a quello generale, sia la ugualmente potenziale comunicazione diretta degli arricchimenti dal patrimonio separato a quello generale.

L'autore conclude nel senso che, proprio in virtù delle richiamate caratteristiche peculiari, tale distacco definitivo avvicinerrebbe il trust ad un'ipotesi di patrimonio autonomo, più che ad un caso di separazione patrimoniale.

Contra, S. Tondo, *Ambientazione del trust nel nostro ordinamento e controllo notarile sul trustee*, in I. Beneventi (cur.), *I trusts in Italia oggi*, Milano, 1996, 183, a pp. 193-195, che evidenzia come la recisa incomunicabilità bidirezionale rispetto al patrimonio ordinario dello stesso titolare, che il trust normalmente involge, non risulti affatto incompatibile con la logica del patrimonio separato, ma che, al contrario, forme radicali di cesura, rispetto al patrimonio ordinario, possono riconoscersi anche in configurazioni civilistiche nostrane usualmente inquadrabili nell'area del patrimonio separato. Seguendo la linea di ragionamento tracciata dall'autore citato, parlare di patrimonio segregato, più che ad una effettiva necessità discrezionale rispetto al più tradizionale patrimonio separato, corrisponderebbe ad una sorta di "anglismo di ritorno".

S a g g i

zione della nozione di separazione dalla tematica della personalità giuridica, si è assestato in favore di una progressiva oggettivizzazione del concetto.

Le moderne dottrine hanno infatti ormai depurato la categoria concettuale della separazione dalle problematiche e dalle soluzioni che in passato avevano caratterizzato la ragione stessa della sua costituzione, e, una volta superati in *subiecta materia* alcuni preconcetti ormai cristallizzati in ordine alla coincidenza del fenomeno con quello della duplicazione soggettiva, hanno cominciato a riguardare il fenomeno nella sua consistenza ontologica, indirizzando gli sforzi nell'analisi delle concrete modalità operative della congerie di forme di destinazione rinvenibili nell'attuale panorama giuridico.

Si scorge così che l'essenza del fenomeno, al di là di ciascuna peculiarità discretiva, doveva ricercarsi nel conferimento di una particolare destinazione a determinati beni, situazione che comporta un rafforzamento della garanzia di quei creditori che siano qualificati dalla relazione con la particolare destinazione impressa a quegli stessi beni, con deroga al principio della *par condicio creditorum*(3).

Facendo nostre le parole e l'intuizione di un illustre autore come Giorgio Oppo, nel fenomeno della separazione patrimoniale assumerebbe rilievo preminente non più la relazione beni-titolare, quanto piuttosto la relazione beni-attività, che si porrebbe oggi come fattore incidente nella disciplina di tutti i beni destinati.

Questo rinnovato approccio dottrinale al fenomeno, che ha condotto all'individuazione del comune effetto della limitazione del potere di utilizzabilità per parte del titolare e del potere di aggressione per parte dei suoi creditori, ci consente – senza grosse riserve – di poter inquadrare anche il trust in quell'ambito e di riguardare la configurazione giuridica dell'istituto come parte di una vicenda unitaria che assimila, in termini di equipollenza funzionale, una pluralità di figure appartenenti a prassi e tradizioni le più disparate(4).

Per altra via, ed al di là dei nostri specifici fini classificatori, la teorizzazione unitaria del fenomeno segregativo nelle varie esperienze legislative relative alla destinazione dei patrimoni, contribuisce a far ritenere ormai definitivamente superata l'incertezza dottrinale, fonte di annose dispute che hanno scandito le tappe di un lungo percorso teorico risalente al XVII secolo, in ordine all'individuazione dell'elemento discretivo tra la formula “patrimonio separa-

to” e quella di “patrimonio autonomo”, argomento sul quale a tutt'oggi regna una sostanziale e perdurante confusione dell'interprete, alimentata anche dall'uso indifferenziato che di tali formule viene fatto nel linguaggio legislativo(5).

Note:

(3) Nell'esaminare il lungo percorso teorico seguito dalla nozione di patrimonio separato nel suo evolversi storico, non può prescindersi dal compiere un rapido *excursus* sull'ormai superata impostazione soggettivistica del sistema, che si manifestava sul piano concreto nell'impossibilità di concepire la destinazione di beni ad uno scopo al di fuori della creazione di enti-fondazioni dotati di personalità giuridica. Largamente diffuso era, infatti, il convincimento che la semplice devoluzione di uno o più beni ad un determinato scopo non importasse una perfetta autonomia dei beni medesimi, i quali, per il solo fatto di avere avuto una determinata destinazione, non si staccavano dal patrimonio di provenienza, né restavano sottratti alla normale garanzia che i creditori hanno su tale patrimonio. L'autonomia piena e la separazione sorgevano e divenivano operanti a tutti gli effetti solo allorquando interveniva il riconoscimento, che produceva il passaggio della proprietà dal precedente titolare ad un nuovo soggetto. Dall'impossibilità di concepire patrimoni autonomi senza soggetto, ne conseguiva che una limitazione della responsabilità patrimoniale era possibile solo ipotizzando l'attribuzione dei beni sottratti alla responsabilità ad un soggetto diverso da quello considerato, comportando come consequenziale corollario l'unità ed indivisibilità del patrimonio, come una ed indivisibile è la responsabilità del debitore.

A questo primo orientamento segue una fase successiva che, pur nell'eterogeneità dei risultati raggiunti e delle soluzioni dogmatiche individuate, appare oggi favorevole a riconoscere rilevanza giuridica al fenomeno della destinazione dei beni, pur in mancanza del suggello della personalità giuridica, aprendo così la prima breccia nell'ormai non più granitico principio dell'unità del patrimonio. Si pensi a tal proposito alla separazione patrimoniale prevista dalla legge regolatrice dei fondi comuni di investimento, ai quali non può essere al contempo attribuita alcuna soggettività giuridica.

L'elemento portante della separazione non viene più individuato come in passato nella ricerca di un centro soggettivo di imputazione della massa separata, ma nel semplice riconoscimento che la destinazione ad uno scopo porta, avuto riguardo a detti beni, ad una diversificazione della disciplina che governa la responsabilità patrimoniale.

(4) A suffragio della ricostruzione della figura del trust come un'ipotesi di separazione patrimoniale, di grande rilievo sono i contributi di U. Carnevalli, voce “Negozio giuridico. III) Negozio fiduciario”, Enc. giur., vol. XX, Roma, 1990, il quale ha chiarito, con lucida analisi, la distanza intercorrente tra il trust ed il negozio fiduciario, inteso almeno secondo la concezione romanistica di fiducia, operando un accostamento del trust alla figura della fiducia legale, che riceve una tutela da parte dell'ordinamento ed acquista così una rilevanza esterna.

Sempre in questo senso, N. Lipari, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964, e, successivamente, Id., *Fiducia statica e trust*, Rass. dir. civ., 1996, 483, il quale, a p. 483 s., osserva come il trust venga a perdere il suo peculiare rilievo “laddove la limitazione funzionale dei poteri del titolare a vantaggio del beneficiario avvenga per il concreto operare di uno strumento formale legalmente disciplinato”.

Sul fatto che la fiducia legale si risolva nella negazione del concetto tradizionale di negozio fiduciario, v. C. Grassetti, *Il negozio fiduciario nel diritto privato*, in Aa. Vv., *Fiducia, trust, mandato ed agency*, Milano, 1991, 1.

(5) In dottrina, il primo tentativo di distinzione tra fenomeni di separazione patrimoniale ed autonomia è stato compiuto da F. Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989, p. 85 s., il quale qualifica come patrimonio separato quello di pertinenza di un solo titolare, mentre di autonomia potrebbe parlarsi unicamente rispetto ad una

(Segue)

Merita, infatti, dar conto che l'itinerario concettuale percorso dalla categoria dei patrimoni di destinazione non ha tuttavia contribuito a sciogliere la perdurante incertezza degli interpreti sull'esatta portata del concetto e sulle fattispecie ad esso riconducibili, tanto che da più parti si sottolinea la valenza ambigua dell'espressione "patrimonio separato".

Infatti, il delineato clima di incertezza, nascente dall'ambiguità di una nozione non sufficientemente delineata già in sede legislativa, si ripercuote anche in ordine alla connessa questione relativa alla qualificazione sistematica, in termini di autonomia o separazione, delle attuali tipologie di destinazione del patrimonio, questione che sul piano teorico rimane a tutt'oggi differentemente risolta nella congerie di ipotesi ricostruttive e nelle soluzioni dogmatiche proposte dalle varie scuole di pensiero(6).

In realtà, muovendoci nella delineata prospettiva unificante, il riconoscimento che la limitazione di responsabilità ai beni destinati non sia ostativa all'azione esecutiva dei creditori riservatari anche verso il patrimonio residuo del debitore consente di assegnare una valenza meramente terminologica alla distinzione operata dalla dottrina e dal legislatore tra patrimonio autonomo e separato, soprattutto ove non sia registrabile una differenziazione di disciplina che possa giustificare la creazione di due diverse categorie concettuali all'interno dello stesso fenomeno(7).

Sempre seguendo un'ottica asseritamente unitaria, il fenomeno della separazione patrimoniale viene così ad essere ricostruito secondo una gradazione crescente e tale da accogliere all'interno della medesima categoria le ipotesi in cui al creditore riservatario sia consentito estendere la propria azione esecutiva al residuo patrimonio del debitore (separazione patrimoniale in senso lato), unitamente ai diversi casi in cui (come nel trust, così come nell'eredità beneficiata e nell'eredità giacente(8)) tale possibilità risulti per lo stesso preclusa (separazione patrimoniale in senso stretto).

A tal proposito, una sensibile dottrina aveva già da qualche lustro rilevato come la separazione patrimoniale, in mancanza di un'esplicita base normativa di riferimento che possa valere da utile guida per gli interpreti, costituisca una tecnica giuridica che aggrega in una dimensione unitaria figure di per sé eterogenee, ed integra pertanto una formula riassuntiva

Note:

(Continua nota 5)

pluralità di titolari. In pratica la categoria dei patrimoni autonomi veniva dall'autore applicata per spiegare il dato patrimonialistico dell'insensibilità parziale del patrimonio delle associazioni non riconosciute o delle società semplici, attribuendo al dato dell'autonomia patrimoniale il ruolo di momento identificatore di una determinata categoria concettuale. Ponendosi nel solco di questa linea di pensiero, F. Messineo, Istituzioni di diritto privato secondo la nuova legislazione, I, Padova, 1942, p. 36, operava una distinzione tra autonomia patrimoniale perfetta ed imperfetta, formule queste che hanno posto le basi per un progressivo riconoscimento della soggettività giuridica degli enti non personificati.

Una volta chiarite le contaminazioni concettuali tra i fenomeni della personalità-soggettività, da un lato, e dell'autonomia patrimoniale, dall'altro, più di recente la dottrina ha ricercato la distinzione tra le formule dei patrimoni separati ed autonomi seguendo la linea discretiva tra un'insensibilità assoluta della massa patrimoniale separata ed una insensibilità relativa, ovvero tra una separazione che opera solo unilateralmente o anche bilateralmente, nel senso che anche il restante patrimonio del soggetto rimane insensibile rispetto alle obbligazioni del patrimonio separato. Pertanto, solo in caso di autonomia assoluta o bilaterale dovrebbe parlarsi di patrimonio autonomo, in luogo della formula di patrimonio separato, che, rispetto a quest'ultima, si andrebbe a configurare come un vero e proprio sottosistema.

(6) In via di estrema sintesi può affermarsi che, mentre la dottrina tradizionale restringe il concetto di patrimonio separato alle ipotesi in cui non sia consentito ai creditori riservatari di estendere la loro azione esecutiva sul residuo patrimonio del debitore e, pertanto, ritiene che di patrimonio separato possa parlarsi esclusivamente nei casi in cui la riserva non consenta aperture in nessun senso, né per i creditori riservatari verso il residuo patrimonio del debitore, né per gli altri creditori verso i beni riservati, la moderna dottrina generalmente concorda nel senso che, ferma restando l'inaggregabilità della massa da parte di creditori estranei alla massa separata, una qualche "apertura a senso unico", ovvero a favore soltanto dei creditori riservatari, con il riconoscimento della possibilità da parte degli stessi di agire anche verso il patrimonio residuo del debitore, non sia di ostacolo alla configurabilità di una situazione di separazione, sempreché la riserva non si esaurisca in una semplice causa di prelazione e rientri perciò nella normalità del principio della *par condicio creditorum*. Si accoglie, pertanto, una nozione allargata di separazione che consente di ricondurre entro il delineato fenomeno, oltre ai casi dell'eredità giacente, dell'accettazione beneficiata e del fondo patrimoniale, per i quali la chiusura è comunque totale, la cessione dei beni ai creditori (art. 1977 cod. civ.), nella quale la riserva dei beni opera una apertura a senso unico ovvero a favore soltanto dei creditori riservatari verso il residuo patrimonio del debitore e non degli altri creditori (posteriori alla cessione) verso il patrimonio ceduto, ed il patrimonio fallimentare (art. 42 R. D. 16 marzo 1942, n. 267, "L. fall."). Rimarrebbero comunque esclusi dalla nozione di separazione la comunione coniugale, i fondi comuni delle associazioni non riconosciute per quanto concerne la responsabilità solidale delle persone che hanno agito in nome e per conto dell'associazione (art. 38 cod. civ.), e le ipotesi a quest'ultima assimilabili, come le fondazioni di fatto e le obblazioni raccolte dai comitati. In questo senso, F. Ferrara, Le persone giuridiche, Roma, 1921, I, 1, p. 877; L. Bigliuzzi-Geri, voce "Patrimonio autonomo e separato", Enc. dir., vol. XXXII, Milano, 1982, 280; M. Bianca, Vincoli di destinazione e patrimoni separati, Padova, 1996; *contra*, U. Natoli, L'amministrazione dei beni ereditari, II, Milano, 1969, p. 120.

(7) Sulla equiparazione tra le due ipotesi, F. Santoro-Passarelli, Dottrine generali del diritto civile [*supra*, nota 5], p. 185.

(8) Per l'eredità giacente, abbandonata l'originaria configurazione in termini di persona giuridica o di patrimonio senza soggetto, sono state proposte le formule del patrimonio di destinazione o del patrimonio separato. Per le varie soluzioni in ordine alla natura giuridica dell'eredità giacente, si rinvia a N. Lipari, Successioni e Donazioni, a cura di P. Rescigno, Padova, 1994, p. 332 ss.

Saggi

destinata ad esprimere situazioni tra loro fortemente differenziate(9).

Le conseguenze di quanto rilevato non sono di poco conto, considerato che nella moderna teoretica il punto nodale di ogni indagine si sposta dalla recisa dicotomia separazione-autonomia alla considerazione delle diverse e gradate ipotesi dell'unico fenomeno della separazione e riassumibili nelle formule "separazione in senso lato-separazione in senso stretto".

Ciò detto, risulta chiaro che, se in materia di trust si preferisce parlare di "patrimonio separato in senso stretto" o piuttosto di "patrimonio segregato" che dir si voglia, rimane comunque una questione di valenza meramente terminologica e descrittiva, una volta appurato che ad entrambe le locuzioni corrisponde l'effetto che ad esso necessariamente consegue, ovvero la recisa incomunicabilità bidirezionale della massa separata rispetto al restante patrimonio del soggetto.

Sotto altro fronte è necessario, inoltre, considerare che detta incomunicabilità bidirezionale è comunque connotazione tipica di altri istituti nostrani, quali l'eredità beneficiata o il fondo patrimoniale, figure che vengono tradizionalmente ricondotte nell'alveo della separazione, tanto che possiamo a ragione concludere nel senso che il trust non possa rappresentare un momento di frattura o di forzatura del sistema, tale da richiedere per la sua qualificazione la creazione di nuove categorie concettuali.

Sulla base di queste prime indicazioni, riteniamo pertanto di seguire una linea unitaria che porta ad individuare le nozioni di autonomia-separazione-segregazione come qualificazioni più o meno equipollenti ed indicative di un unico fenomeno o comunque differenti sottospecie di un unico fenomeno, ma con l'espresso avvertimento che alle diverse ipotesi di separazione patrimoniale corrisponde in ogni caso una differente gradazione delle garanzie, in forma più o meno esclusiva, delle aspettative creditorie aventi causa nella destinazione stessa.

§ 2. Le differenti gradazioni della separazione patrimoniale e l'incomunicabilità bidirezionale del trust applicata alle operazioni di titolazione dei crediti.

Contrariamente a quanto potrebbe ritenersi *prima facie*, nell'affermare la lettura unitaria del fenomeno della separazione patrimoniale non si intende convenire con chi ritiene che l'utilizzo per il trust della ca-

tegoria concettuale della segregazione patrimoniale rappresenti null'altro che un vezzo da internazionalprivatisti, o una sorta di anglicismo di ritorno(10).

Bisogna, infatti, tenere in debito conto la pericolosità di quell'atteggiamento dottrinale che di fronte all'evoluzione dell'attuale sistema positivo, teso verso l'implementazione, ma anche verso la diversificazione degli strumenti tecnici attraverso cui si realizzano le diverse tipologie di destinazioni del patrimonio, denota un insistente ricorso alle rassicuranti categorie giuridiche del passato, con il rischio di appiattare le caratteristiche peculiari delle varie tipologie nella comune nozione di separazione patrimoniale.

Ciò in quanto la necessaria coerenza del sistema non deve comunque portare a negare le differenti potenzialità applicative che ciascun modulo possiede in ordine alla garanzia di una compiuta destinazione patrimoniale.

Pertanto il ricorso a termini che possono apparire inusitati, facendo salva la necessaria coerenza del sistema, risulta talvolta necessitato, più che da sostanziali ragioni tassonomiche o di economia di espressione, dall'imprescindibile esigenza di differenziare le varie ipotesi.

L'utilizzazione in tal senso di formule giuridiche tradizionali porta infatti con sé il pericolo, almeno potenziale, di una cristallizzazione in categorie precostituite con scarsa possibilità di adattamento alla realtà presente, oltre all'ancor più pregiudizievole conseguenza di negare le peculiarità differenziali tra le varie figure.

Del resto, l'analisi del fenomeno in specifiche ricerche di settore mostra come l'utilizzo in concreto del trust in alcune operazioni di comune ed usuale applicazione nel nostro ordinamento possa contribuire a conferire all'assetto predisposto quella maggiore separatezza patrimoniale di cui si è detto.

Se si guarda in particolare alle operazioni di cartolarizzazione, attualmente disciplinate dalla recente L. 30 aprile 1999, n. 130, emerge evidente come questo schema negoziale potrebbe meglio realizzarsi seguendo il modello della *securitisation* anglosassone e statunitense, che prevede l'utilizzo del trust e che costituisce poi il referente principale sulla base del qua-

Note:

(9) Sulla valenza riassuntiva della nozione di separazione, v. N. Irti, Introduzione allo studio del diritto privato, Padova, 1990, p. 76.

(10) In tal senso, S. Tondo, Ambientazione del trust nel nostro ordinamento e controllo notarile sul trustee [*supra*, nota 2], a p. 193 s.

le la normativa italiana di disciplina della materia si è ispirata(11).

La via prescelta dall'ordinamento italiano è stata l'espressa previsione nella normativa di riferimento che le somme corrisposte dai debitori a pagamento dei crediti cartolarizzati siano destinate in via esclusiva al soddisfacimento dei diritti incorporati nei titoli (art. 1, lett. B) e, correlativamente, la previsione che su quei crediti e sulle somme corrisposte dai debitori a loro pagamento siano ammesse azioni soltanto a tutela di quegli stessi diritti (art. 4, II comma).

Tuttavia, come sovente accade, gli enunciati normativi su cui fondare una separazione patrimoniale vera e propria potrebbero rimanere lettera morta o comunque essere sconfessati nella pratica, se a fronte del riconoscimento formale della segregazione non venissero adottate poi delle adeguate misure di protezione atte a garantirla in concreto.

Questa è in sintesi la via seguita dagli ordinamenti di *common law* i quali, anche in virtù della nota pragmaticità che da sempre li contraddistingue rispetto agli ordinamenti di derivazione codicistica, più che affidarsi a surrettizie stigmatizzazioni normative, di chiaro effetto ma di incerto risultato, hanno più avvedutamente optato per l'inserimento *ante litteram* del trust in tali tipologie di operazioni(12).

Se l'elemento caratterizzante delle operazioni di cartolarizzazione consiste nel trasferimento di poste attive iscritte in bilancio ad un soggetto che ne propone la sottoscrizione ad un terzo operatore, sotto forma di *securities*, provvedendo così a monetizzare gli *assets* aziendali mediante emissione di titoli garantiti dal *cash flow* generato dagli stessi, risulta di immediata evidenza come l'attuazione di un simile risultato dipenda sul piano pratico ed in massima parte dall'affidabilità dell'intera operazione.

Risulta, infatti, evidente che la riuscita di un'iniziativa economica volta all'anticipazione nell'utilizzazione della ricchezza sia direttamente legata al grado di fiducia che in essa possono riporre gli investitori, evenienza questa a sua volta condizionata in modo determinante dal livello di certezza che gli stessi nutrono nel vedersi rimborsato il capitale investito alla scadenza dei titoli(13).

Note:

(11) Ci basti qui segnalare, in via di estrema sintesi, che la cartolarizzazione consiste in un'operazione attraverso la quale è possibile realizzare la conversione di attività finanziarie in titoli negoziabili da collocare nel mercato finanziario mobiliare.

In particolare, la cartolarizzazione costituisce una tecnica di autofinanziamento per l'impresa che si realizza mediante la cessione generalmente *pro soluto*, dei crediti presenti e futuri ad una separata società, che viene denominata nel gergo finanziario *Special Purpose Vehicle* o, più semplicemente, SPV, la quale pagherà immediatamente l'acquisto dei crediti (normalmente mediante il ricorso ad un finanziamento bancario) e provvederà alla trasformazione del portafoglio ceduto in titoli negoziabili per poi procedere, attraverso l'ausilio di un intermediario finanziario, all'allocatione dei titoli presso investitori istituzionali o addirittura direttamente presso il pubblico dei risparmiatori.

Nella pratica può anche aversi il caso in cui la cessionaria si obblighi a versare alla società cedente, non immediatamente ma solo alla scadenza dei crediti o alle scadenze contrattualmente previste, il corrispettivo pattuito per la cessione (che è generalmente equivalente all'importo facciale dei crediti, dedotta una somma a titolo di copertura del rischio di insolvenza dei debitori ceduti) ed il pagamento avverrà con i proventi della raccolta effettuata a seguito del collocamento presso gli investitori dei titoli in cui i crediti vengono cartolarizzati.

Per una più ampia panoramica sull'argomento, si rinvia ad A. Frignani, La "securitization" come strumento di smobilizzo dei crediti di massa (profili di diritto comparato europeo), Foro it., 1995, V, 294; S. Vitale, Il regime giuridico delle operazioni internazionali di "securitization", Padova, 1999; R. Pardolesi, La cartolarizzazione dei crediti in Italia, Milano, 1999; P. Bontempi - G. Scagliarini, La *securitization*, Milano, 1999; R. Ventura, La cartolarizzazione dei crediti nell'ordinamento giuridico italiano: un primo commento alla l. 30 aprile 1999, n. 130, Giur. it., 1999, II, 1993; C. Rucellai, I problemi legati allo sviluppo della *securitization* in Italia: prospettive di soluzione, Giur. comm., 1995, I, 114, a p. 122; E. Andrioli, Lo smobilizzo di un portafoglio di crediti presenti e futuri quale mezzo di autofinanziamento delle imprese italiane sul mercato dei capitali - prime note in merito all'operazione di *securitisation*, Quadrimstre, 1993, 47.

Per la letteratura straniera, si segnala G. Taylor, European Securitisation - the UK Market, Treasury management international, Londra, 1996, e D. Deacon, Securitisation: principles, markets and terms, Londra, 1998. Ampi spunti di indagine in ordine all'applicazione del trust alle operazioni di titolazione italiane sono offerti in A. Vicari, Cartolarizzazione dei crediti e *credit linked notes*: oscillando tra trust e contratto, in questa Rivista, 2000, 532; A. Frignani, Trust e cartolarizzazione, *ivi*, 19; F. Maimeri, Il trust nelle operazioni bancarie. La cartolarizzazione dei crediti, *ivi*, 329; P. Dibari, Trust interni: ipotesi operative nell'ambito di operazioni di cartolarizzazione effettuate ai sensi della legge 30 aprile 1999, n. 130, in questa Rivista, 2002, 46.

(12) A tal proposito il Prof. Paul Matthews del King's College di Londra, intervenuto in qualità di *discussant* alla relazione tenuta dal Prof. Maurizio Lupoi al Convegno "Prima lettura europea della riforma del diritto societario", svoltosi a Foligno il 24-25 ottobre 2003, ha tenuto a rimarcare come "la segregazione nel trust sia vicenda di fatto e non di legge, per cui la segregazione si presenta come fatto sociale, non come conseguenza giuridica intenzionata".

(13) Tra le economie avanzate, l'Italia è il paese in cui si è fatto il maggior ricorso alla cartolarizzazione. Le più importanti operazioni, compiute nel periodo compreso tra il 1998 e il 2002, hanno portato ad un utile netto di quasi ventimila miliardi di lire ed hanno riguardato crediti contributivi Inps ed Inail ed il patrimonio immobiliare degli enti previdenziali e dello stato. Questa possibilità è stata offerta dall'approvazione della L. 23 febbraio 2001, n. 410, a seguito della quale sono state avviate negli anni 2001/2002 due operazioni di cartolarizzazione, SCIP 1 e SCIP 2, di cui la prima si è già conclusa, mentre la seconda è in fase di attuazione. In pratica sono state costituite due società denominate SCIP (Società Cartolarizzazione Immobiliare Pubblica s.p.a.), nei cui patrimoni sono stati conferiti gli immobili di proprietà degli enti previdenziali con emissione di titoli obbligazionari garantiti da un *rating* "tripla A" ed alla successiva loro allocatione. In tal modo tramite la cartolarizzazione sono state vendute tra il mese di maggio e giugno 2003 più di 140 unità immobiliari, ottenendo buoni risultati in termini di ricavi e consentendo un'anticipazione di entrate che sarebbero affluite negli anni futuri, oltre ad un'accelerazione del processo di dismissione del patrimonio immobiliare pubblico.

(Segue)

Saggi

E' quindi un problema che si risolve unicamente nel piano della scelta del modello organizzativo attraverso il quale gestire i rapporti giuridici che dall'operazione scaturiscono e nella scelta degli specifici strumenti giuridici in funzione di garanzia più idonei a conseguire il risultato di garantire le aspettative creditorie all'esatto adempimento.

Riteniamo, pertanto, che proprio il ricorso allo strumento del trust in operazioni di tal fatta consenta di attuare nella sua massima estensione la segregazione patrimoniale del portafoglio cartolarizzato ed evitare così rischiose confusioni nel patrimonio della società cessionaria(14).

§ 3. La separazione del patrimonio cartolarizzato nella L. 30 aprile 1999, n. 130 e i vantaggi conseguenti all'utilizzo del trust.

Il fatto che la normativa italiana, all'art. 3, II comma, L. 30 aprile 1999, n. 130, disponga che i crediti selezionati si considerino a tutti gli effetti separati dal patrimonio della società cessionaria ed escluda al contempo che la stessa società veicolo possa svolgere un'attività imprenditoriale autonoma, se da un lato la espone maggiormente al rischio di decozione qualora le situazioni creditorie non dovessero originare i flussi di cassa sperati, dall'altro non scongiura il pericolo di contaminazioni o di confusioni tra i portafogli dei crediti cartolarizzati, soprattutto se le operazioni di cartolarizzazione gestite dalla stessa società siano più di una.

Dobbiamo, infatti, considerare che, mentre nell'esperienza angloamericana la separazione patrimoniale si raggiunge mediante la realizzazione di un fondo apposito nel quale il portafoglio viene segregato (e che può essere, come detto, tanto il trust quanto lo SPV) e detto strumento segregativo non è soggetto giuridico dotato di propria autonomia, non possiede un autonomo patrimonio diverso dal portafoglio stesso, non svolge alcuna attività imprenditoriale e normalmente viene adoperato per una sola operazione di cartolarizzazione, al termine della quale si estingue, in Italia la situazione si presenta notevolmente diversa da quella descritta.

Nel modello domestico, la società cessionaria è soggetto dotato di piena personalità giuridica ed è organizzato in forma di società di capitali e ciò implica che la stessa abbia un proprio patrimonio, uno scopo di lucro, una più o meno complessa struttura ammi-

nistrativa, tutte circostanze che la sottopongono al

Note:

(Continua nota 13)

Attualmente sono pressoché al varo sia la terza operazione, SCIP 3, che concernerà prevalentemente immobili di proprietà statale, sia un'operazione di cartolarizzazione che avrà ad oggetto beni di natura demaniale, operazioni strutturate al fine di reperire nuove risorse monetarie sollevando in pari tempo la spesa pubblica dagli oneri economici della gestione immobiliare e, contemporaneamente, preparare la via per una loro eventuale cessione ai privati.

Per il momento si è provveduto con L. 15 giugno 2002, n. 112 ad istituire due società, la Patrimonio dello Stato s.p.a. e la Società Infrastrutture s.p.a., a favore delle quali si è provveduto al trasferimento di alcuni beni, mentre le operazioni di emissione dei titoli sono ancora in fase di attuazione.

(14) Nel modello angloamericano di *securitisation*, l'attività del cessionario può essere svolta attraverso una *Special Purpose Company* oppure, più frequentemente, ricorrendo all'istituzione di un trust. La *Special Purpose Company* è soggetto totalmente indipendente e finanziariamente autonomo dall'*originator*, risponde a criteri di economicità perché presenta una capitalizzazione minima (*thin capitalisation*) ed offre adeguate garanzie per gli investitori, non potendo svolgere attività diverse dall'acquisto di un portafoglio crediti e dalla cartolarizzazione dello stesso.

Nel caso di istituzione di un trust, l'attività di veicolo finanziario dei crediti ceduti è svolta da uno SPV che agirà, tuttavia, in qualità di trustee con lo specifico compito di destinare in *trust fund* il portafoglio di attività selezionato e garantire, per mezzo di esso, il soddisfacimento delle pretese di cui si faranno portatori gli acquirenti dei titoli rappresentativi delle attività cedute. Sia nel Regno Unito che negli Stati Uniti accade di sovente che, a maggiore garanzia degli investitori ed allo scopo di rafforzare la segregazione del patrimonio sul quale possono contare gli investitori per il soddisfacimento delle ragioni di credito derivanti dai titoli da loro acquistati, lo SPV assumi su di sé la qualità di trustee o in alternativa affidi direttamente il portafoglio-crediti, con tutte le garanzie reali o personali che li assistono, ad un terzo soggetto il quale provvederà alla loro amministrazione assumendo su di sé le funzioni di trustee.

Nel sistema di appartenenza questo schema si bipartisce in due sottosistemi, di cui l'uno si coniuga con una particolare modalità tecnica denominata *pass-through* e che corrisponde esattamente alla istituzione di un *grantor trust*, mentre il secondo contempla l'istituzione di un *security trust*. Per una più approfondita disamina in ordine alla figura del *grantor trust*, si rinvia a M. Lupoi, *Trusts [supra, nota 2]*, p. 178 s. L'autore evidenzia come questa particolare tipologia di trust affondi le sue radici nell'esperienza statunitense, per la quale si è in presenza di un *grantor trust* ogni qual volta si abbia un atto di disposizione di carattere revocabile in cui il reddito del trust venga imputato al disponente (*grantor*, appunto), anche se lo stesso non figuri propriamente tra i beneficiari dello stesso. Nel caso di operazioni di *securitisation*, infatti, l'*originator* (disponente), conferendo in trust i propri crediti in favore dello SPV, conserva il controllo diretto sul reddito da questo prodotto, ottenendo in corrispettivo da quest'ultimo il pagamento del prezzo di sottoscrizione dei titoli versato dai beneficiari del trust. Alla struttura conseguono anche dei rilevanti vantaggi di ordine fiscale, considerato che a tal fine i beni in trust si considerano ancora esistenti nel patrimonio del disponente, per cui il reddito prodotto dal trust verrà tassato direttamente in capo all'*originator*, mentre, di conseguenza, le somme erogate dal trustee ai beneficiari non verranno tassate.

Ulteriori operazioni di frequente utilizzazione nella pratica, e nelle quali sovente si coniuga l'istituto del trust nella forma del c. d. *security trust*, sono quelle di *project financing*, operazioni di finanziamento in "pool" in cui il trust assolve l'esigenza di consentire a ciascun finanziatore di beneficiare della garanzia reale che assiste il finanziamento avuto riguardo, non al momento in cui il rapporto si è originato, ma all'apporto contributivo reso. Infatti il *security trust* consente ai creditori di beneficiare della garanzia costituita dai flussi reddituali generati dall'investimento finanziato, con uguale rango di privilegio ed indipendentemente dal momento in cui il rapporto di finanziamento si sia instaurato.

rischio di dissesto e dunque alla possibilità di fallimento(15).

L'aver imposto a detta società di non svolgere attività diverse, ma averle consentito di realizzare più operazioni di cartolarizzazione, non mette gli investitori al riparo dal rischio che, soprattutto in presenza di una crisi dell'impresa, il congegno della separazione venga smentito nella pratica e che non sia più in grado di evitare una confusione o commistione tra il patrimonio della società ed il portafoglio dei crediti cartolarizzati, ovvero tra le diverse operazioni di cartolarizzazione gestite dalla stessa società.

Per rendere adeguata contezza di ciò basterebbe, infatti, soffermarsi sulla considerazione che, se la separazione patrimoniale prevista all'art. 3, L. 30 aprile 1999, n. 130 corrisponde in maniera più o meno analoga a quanto dispone l'art. 22 Tuif., tale ultima disposizione non appresta un'adeguata garanzia contro i problemi in cui concretamente si sono scontrati, ed a tutt'oggi si scontrano, gli investitori nel caso di fallimento di una SIM o di una società fiduciaria, nella cui evenienza non solo si verificano quelle confusioni patrimoniali di cui si è detto, ma è spesso altamente difficoltoso rintracciare, dalle risultanze contabili, l'appartenenza degli strumenti finanziari movimentati dalla stessa società(16).

È ben noto, infatti, che la confusione patrimoniale generata dalla non corretta osservanza delle regole della separazione da parte della fiduciaria genera una situazione gravemente lesiva dei diritti degli investitori, i quali si vedrebbero preclusa la possibilità di ottenere la restituzione di tutti i titoli di loro spettanza, senza dover partecipare al concorso con eventuali altri clienti o con differenti creditori dell'intermediario.

La molteplicità delle ragioni che possono portare, in presenza di una crisi dell'impresa, alla confusione patrimoniale sono poi talmente ampie da rendere l'ipotesi molto più che una mera eventualità.

Dinanzi ad un dissesto dell'intermediario finanziario, nella stragrande maggioranza dei casi si verifica un ammanco di strumenti finanziari dei clienti e quindi accade che una parte degli strumenti finanziari che avrebbero dovuto essere custoditi in deposito dall'intermediario non sono rinvenibili nel suo patrimonio, in conseguenza di atti distrattivi dell'intermediario non sempre ricostruibili per mancata o irregolare tenuta delle annotazioni scritturali.

Ancora più di frequente si verifica poi il caso della mancata corrispondenza tra le annotazioni tenute

dall'intermediario finanziario e le effettive giacenze del depositario (solitamente una banca presso la quale l'intermediario deposita gli strumenti finanziari della clientela).

È evidente che, ogni qual volta si verifichi uno dei casi descritti, i commissari liquidatori potranno solo procedere ad una restituzione parziale ed in ogni caso si determinerà la degradazione di ogni pretesa restitutoria della clientela a credito chirografario, al

Note:

(15) Cfr. la relazione di C. Rucellai, in Aa. Vv., Atti del Convegno "Lo sviluppo della securitization in Italia" organizzato da ABI, svoltosi a Milano il 30 settembre 1994, Milano, 1995, p. 57, nonché Id., Il disegno di legge sulla cartolarizzazione dei crediti. Rischi e opportunità, Giur. comm., 1998, I, 643, a p. 645, ove si rammenta come lo SPV, conformemente al modello tradizionale, non dovrebbe avere mezzi propri, perché la presenza di un autonomo patrimonio richiede un'attività di gestione e di amministrazione in grado a sua volta di provocare spese e responsabilità (ad es., in caso di licenziamento dei dipendenti addetti a tale attività) che potrebbero incidere sulla neutralità dello stesso SPV, nel senso di determinare l'insorgenza di pretese di terzi concorrenti con i suoi creditori naturali, quali sono i portatori dei titoli rappresentativi delle attività cedute.

(16) Sui problemi sorti in Italia circa la separazione dei patrimoni gestiti fiduciariamente, v., *ex ceteris*, U. Morello, Fiducia e negozio fiduciario: dalla "riservatezza" alla "trasparenza", in I. Beneventi (cur.), I trusts in Italia oggi [supra, nota 2], 81; P. Ferro-Luzzi, Le gestioni patrimoniali, Giur. comm., 1992, I, 44; Id., Il nuovo schema di prospetto relativo all'amministrazione fiduciaria dei patrimoni: noterelle esegetiche e sistematiche, Riv. dir. comm., 1990, I, 533.

Per quanto riguarda, più specificatamente, le incertezze riguardanti il fallimento delle società fiduciarie, delle SIM, o dei depositari, si veda P. G. Jaeger, La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento, Milano, 1968; M. Sepe, Tutela concorsuale del fiduciante e separatezza patrimoniale nel regime della legge sulle SIM, Banca, borsa, 1992, II, 484, a p. 488; F. Di Maio, Amministrazione fiduciaria dei beni: quale fiducia?, Società, 1995, 329; Id., La società fiduciaria ed il contratto fiduciario nella giurisprudenza e nella prassi degli organi di controllo, Milano, 1995, pp. 33-40; G. B. Portale - A. Dolmetta, Deposito regolare di cose fungibili e fallimento del depositario, Banca, borsa, 1994, I, 842; C. E. Mayr, Fallimento della SIM e restituzione dei patrimoni di proprietà dei clienti, Banca, borsa, 1995, II, 73; Id., L'ambito di applicazione dell'art. 103 della legge fallimentare, Banca, borsa, 1992, II, 478; E. Maupoil, La disciplina dell'insolvenza delle società di intermediazione mobiliare, Fallimento, 1991, 329.

Sul fronte giurisprudenziale, recentemente si registra un'inversione di tendenza rispetto a quello che era il costante orientamento dei giudici di merito, teso a negare l'esperibilità di un'azione di rivendica da parte dei fiduciari in caso di fallimento della fiduciaria sulla base dell'assunto che l'unica forma proprietaria, che può essere oggetto di rivendica, è da individuarsi nel paradigma del soggetto che concretamente da solo ne signoreggia e ne dispone, senza che possa assumere il benché minimo rilievo la diversa pertinenza dell'interesse sottostante e che trascende l'investimento. Al contrario, la Cassazione, in tempi più prossimi, mostra di riconoscere sempre maggiore rilievo alla contemplazione dell'interesse dei beneficiari, erigendo tale dato a punto nodale dell'intera costruzione giuridica della gestione fiduciaria. In altri termini la Suprema Corte è incline a riconoscere adeguata ragione alle aspettative del traffico giuridico contemporaneo e alle legittime aspettative dei beneficiari della gestione fiduciaria, ponendosi in linea con la posizione assunta in merito dallo stesso legislatore che, con una serie di norme che si sono succedute in brevissimo tempo (disciplina delle SIM, dei fondi comuni di investimento, dei fondi pensione e, da ultimo, la legge sulla cartolarizzazione dei crediti) chiaramente denota la stessa volontà di tutela.

Saggi

pari di ogni altro creditore personale dell'intermediario(17).

Al fine di risolvere tali e tanti problemi, potrebbe allora seriamente pensarsi alla possibilità di ricorrere ad un trust, istituito dallo stesso *originator* e che funge, proprio come nel sistema di origine, da mero "contenitore" nel quale vengono riversati i crediti da cartolarizzare.

Il trust, oltre a costituire uno strumento non dotato di personalità giuridica e non fornito di un proprio patrimonio distinto dal *trust fund*, consisterebbe in una struttura *ad hoc* creata per la stessa operazione di smobilizzo o per quelle successive che la stessa impresa intendesse operare, per poi estinguersi una volta concluse, scongiurando in tal modo qualsiasi possibilità di confusione patrimoniale con altri portafogli crediti di pertinenza di diversi soggetti.

L'evenienza che la società cessionaria possa trovarsi in situazione di dissesto, e quindi non essere più in grado di garantire la doverosa separazione patrimoniale, è poi accentuata dalla considerazione che, sebbene nel nostro ordinamento la società veicolo non possa compiere attività imprenditoriali, la stessa è comunque abilitata – ai sensi dell'art. 2, lett. e) ed f) L. 30 aprile 1999, n. 130 – a compiere attività strumentali per il buon fine delle operazioni di cartolarizzazione e per la soddisfazione dei crediti vantati dai titolari dei valori mobiliari emessi, nonché a reinvestire in altre attività finanziarie i fondi derivanti dalla gestione dei crediti ceduti e non immediatamente impiegati per il soddisfacimento dei diritti incorporati nei titoli.

Tale ultima possibilità risulta in vero particolarmente inquietante sol ponendo mente al fatto che, nell'attività di reinvestimento dei fondi non impiegati, la cessionaria gode di una discrezionalità pressoché assoluta, per l'assenza di limiti o comunque parametri normativi di riferimento che individuino le modalità e i possibili canali in cui detta attività di reinvestimento possa indirizzarsi.

Dalla valutazione operata si rinnova così il ragionevole rischio che sul portafoglio di attivi, che in origine avrebbe dovuto garantire i soli portatori di titoli ad esso correlati, finiscano per confluire anche crediti maturati a diverso titolo e da soggetti estranei all'operazione di cartolarizzazione che li ha originati.

Proprio al fine di scongiurare una tale evenienza, adeguata soluzione potrebbe essere quella di prevedere nel *trust deed* la compiuta indicazione della tipologia di attività di reinvestimento consentite al trustee,

il quale potrebbe addirittura venire interdetto da qualsiasi attività di reimpiego, con notevoli ripercussioni in ordine al correlativo *rating* da riconoscere al portafoglio cartolarizzato, considerato che il coefficiente di solvibilità dei titoli da negoziare dipende non soltanto da valutazioni strettamente dipendenti dal punteggio attribuito ai crediti ceduti, ma anche e soprattutto dalla pericolosità ricollegata all'operazione di cartolarizzazione nel suo insieme.

La possibilità di un'eventuale commistione patrimoniale, a tutto discapito del soddisfacimento dei portatori dei titoli scaturenti dall'operazione di cartolarizzazione, è inoltre alimentata dal fatto che la L. 30 aprile 1999, n. 130 non prevede alcun effetto segregativo rispetto ai flussi di cassa generati dai crediti cartolarizzati.

Vi è, infatti, da considerare che nel nostro ordinamento, a differenza di quanto avviene frequentemente nella prassi angloamericana, è espressamente esclusa la possibilità che la società cessionaria possa svolgere le operazioni di gestione e di riscossione dei crediti dai debitori ceduti a meno che, caso peraltro raro, non sia essa stessa una banca o un intermediario finanziario iscritto all'elenco speciale di cui all'art. 107, D. Lgs. 1° settembre 1993, n. 385 ("Tub.") e soggetto ai controlli della Banca d'Italia (art. 2, VI comma della sopracitata legge 30 aprile 1999, n. 130).

Pertanto, se dell'amministrazione dei crediti e dei relativi flussi di pagamento viene incaricato un intermediario finanziario, detto *servicer*, nelle cui casse necessariamente transiteranno gli importi riscossi e dei quali è titolare la società cessionaria, le somme percepite finiranno inevitabilmente con il confondersi con la restante parte del suo patrimonio rispetto al quale, come detto, la legge italiana non predispone alcun effetto segregante.

Ad ulteriore fondamento del ragionevole pericolo che le somme pagate dai debitori ceduti possano essere distratte dalla loro connaturale funzione, si pone inoltre l'orientamento dottrinale e giurisprudenziale che denuncia per chiari segni una decisa propensione a ritenere che tra la società cessionaria ed il

Nota:

(17) Una sintesi degli inconvenienti legata ad una gestione fiduciaria è compiuta da B. Inzitari, Segregazione del patrimonio della clientela presso l'intermediario finanziario, in questa Rivista, 2000, 492. Per un caso giurisprudenziale, si rinvia a A. M. Paradiso, Intermediazione e separazione dei patrimoni, in questa Rivista, 2001, 42.

soggetto incaricato delle operazioni di pagamento si instauri un mero rapporto di mandato all'incasso, rispetto al quale non è configurabile alcuna possibilità segregativa delle somme riscosse nell'interesse altrui.

Potrebbe allora pensarsi come ulteriore ipotesi applicativa ad un trust in cui il trustee ricopra le mansioni dell'intermediario finanziario ed istituito questa volta dalla stessa società cessionaria, la quale impartirà l'ordine al *servicer* di riversare in *trust fund* i flussi di cassa derivanti dal pagamento dei crediti acquistati, ponendoli a garanzia di coloro per i quali le somme saranno riscosse (portatori dei titoli e beneficiari del trust). Con questo semplice ma provvido rimedio, si ottiene il risultato di estendere la segregazione patrimoniale anche nei riguardi dello stesso *servicer*.

Va da sé, infatti, che le somme versate dai debitori ceduti andranno a confluire in uno speciale conto (*escrow* o *trust account*) acceso presso il *servicer* ed a nome dello stesso trust(18), ove rimarranno perfettamente separate dal patrimonio della società cessionaria (disponente) ed insensibili ad ogni vicenda che dovesse colpire il soggetto incaricato di svolgere *in service* la gestione dei pagamenti relativi ai crediti ceduti(19).

Pertanto, nulla esclude che il *servicer* possa assumere la veste di trustee e gestire in tale qualità l'attività di riscossione dei crediti ceduti e le operazioni di cassa, con l'unico limite che le predette funzioni siano svolte da un intermediario finanziario iscritto nell'albo speciale di cui all'art. 107 del Tub. ed al quale lo stesso art. 2, VI comma della legge di riferimento affida la responsabilità di verificare che le operazioni siano conformi alla legge ed al prospetto informativo.

In conclusione e volendo riassumere, dall'analisi condotta si è voluto rendere evidente come, in questo come in altri contesti, l'effetto segregativo bilaterale del trust rappresenti la chiave di volta su cui poggia la riuscita dell'intera operazione, facendo sì che una sommatoria di *assets* siano formalmente e giuridicamente nel patrimonio di un soggetto, ma vinco-

lati nell'interesse di un terzo e come tali insensibili alle vicende del primo.

Infatti, come si è cercato di chiarire, è proprio l'inserimento dell'istituto del trust all'interno del congegno operativo della cartolarizzazione, così come recepito dal legislatore nazionale, ad apportare benefici nell'economia sostanziale dell'operazione, tanto che la provvidenzialità di un suo utilizzo in operazioni di tal fatta risulta addirittura necessitata.

Note:

(18) In merito va segnalato che la circolare ABI pubblicata nel 1996, ed avente ad oggetto le forme di utilizzo del trust che maggiormente possono interessare coloro che operano nel settore bancario e finanziario, riconosce espressamente ad un trustee la possibilità di aprire un conto corrente a sé intestato e nella sua qualità, o in alternativa direttamente al trust. L'unico requisito richiesto per l'accensione di tale conto viene individuato nella previa verifica della banca dei poteri del trustee, da compiersi mediante esibizione dell'atto di trust.

(19) La funzione cui assolve l'*escrow* o *trust account*, figura di frequente utilizzazione nelle operazioni bancarie della prassi statunitense, sta nel garantire colui che risulti beneficiario delle somme depositate contro inauspicabili atti di disposizione dello stesso depositante, attraverso il loro affidamento nella sua qualità di trustee (o *escrow holder*) ed in maniera più o meno analoga al nostro deposito nell'interesse di un terzo, così come disciplinato dall'art. 1773 cod. civ. (sull'argomento, F. Maimeri, Operatività bancaria corrente e trust, in I. Beneventi (cur.), I trusts in Italia [supra, nota 2], 1996, 231, a p. 240 s.; E. Marchesi, Scambi in compensazione: l'*escrow account* e la sua gestione, Gaz. Val. e del comm. int., 1989, 1191; G. Bisconti, Deposito in nome di terzo e disposizione di ultima volontà (il "Totten trust" in Italia?), Banca, borsa, 1959, I, 100; L. Majello, Il deposito nell'interesse del terzo, Banca, borsa, 1961, I, 311. Sul tema dell'applicabilità dell'*escrow account* alle operazioni di *countertrade*, cfr. P. Bernardi, "Countertrade": da strumento di politica commerciale a nuova tecnica del commercio internazionale, Dir. comm. internaz., 1987, 116, oltre che L. Pedretti, Gli *escrow accounts* nelle operazioni di *countertrade*, Dir. comm. internaz., 1988, 439).

Tuttavia, il ricorso allo schema proprio dell'ordinamento italiano presta il fianco a notevoli inconvenienti soprattutto qualora l'operazione di deposito a scopo di garanzia non si strutturi come servizio accessorio della banca (art. 1773 cod. civ.) ma come semplice deposito di somme (art. 1834 cod. civ.), inquadrabile nella generica funzione bancaria di raccolta del risparmio. In tale evenienza, l'art. 1834 cod. civ., collegando la figura ad una forma di deposito irregolare, stabilisce che la banca diviene proprietaria delle somme ricevute, che andranno a confondersi nelle proprie casse, con la conseguenza che i creditori del depositario potranno in ogni momento agire esecutivamente sulle stesse.

In questi inconvenienti non può incorrere chi opti per il ricorso ad un *trust account* in cui, dalla struttura propria dell'istituto, deriva l'insensibilità delle somme alle vicende proprie del depositario, stante la separazione dei beni conferiti in trust dal patrimonio personale del trustee.

Saggi

Raccomandazioni orali da parte del disponente e requisiti di forma per il trasferimento di diritti equitativi: un precedente di Hong Kong

di Paolo Panico

SOMMARIO: § 1. Hong Kong: da colonia britannica a Regione Amministrativa Speciale. – § 2. Il caso *Hotung*: revocabilità dei trust auto-dichiarati. – § 3. (*Segue*). Il caso *Hotung*: requisiti di forma per la disposizione di diritti equitativi. – § 4. Riservatezza, atti prestampati e raccomandazioni del disponente: qualche considerazione conclusiva.

Il 4 marzo 2005 il tribunale di primo grado (Court of First Instance) di Hong Kong ha reso un giudizio significativo in materia di revocabilità o nullità di un trust. In estrema sintesi, in *Eric Edward Hotung v Ho Yuen Ki and others*(1), il tribunale ha negato al disponente la facoltà di revocare a posteriori un trust in assenza di un'esplicita disposizione in tal senso nell'atto istitutivo ed ha altresì inibito il tentativo, ugualmente esperito dallo stesso disponente, di "smontare" il trust facendone dichiarare la nullità per ragioni squisitamente formali (ma, come vedremo, inconsistenti). La sentenza in parola è di particolare interesse sotto almeno un duplice punto di vista. Da un lato, a fronte della relativa scarsità di giurisprudenza in materia di trust a Hong Kong, è un esempio di come la continuità della tradizione di *common law* faccia della Regione Amministrativa Speciale cinese un'eccellente *trust jurisdiction* anche dopo la fine della sovranità britannica. D'altra parte, la fattispecie esaminata coinvolge la relazione tra trustee e disponente e potrà rappresentare un precedente non trascurabile per i casi in cui un "atto di trust" *standard* sia accompagnato da raccomandazioni informali da parte del disponente.

Il § 1 descrive l'assetto istituzionale di Hong Kong in seguito al ripristino della sovranità cinese. Il § 2 ed il § 3 si soffermano sul caso in esame, rispettivamente sotto il profilo della revocabilità e della nullità del trust. Il § 4 svolge infine alcune considerazioni conclusive in merito alla portata di questa sentenza rispetto ad alcune prassi abitualmente seguite da numerose *trust companies* internazionali.

§ 1. Hong Kong: da colonia britannica a Regione Amministrativa Speciale.

La storia della dominazione inglese a Hong Kong risale alle due Guerre dell'Oppio. Con il trattato di Nanchino del 1842, che concluse la prima, la corona britannica si assicurò infatti il controllo perpetuo dell'isola, dichiarata ufficialmente colonia con Lettere Patenti della regina Vittoria il 26 giugno 1843. La Convenzione di Pechino del 1860, al termine della seconda Guerra dell'Oppio, attribuì agli inglesi una concessione perpetua sull'antistante penisola di Kowloon. Nel 1898, infine, l'impero britannico ottenne dall'imperatore cinese Guangxu una concessione di 99 anni, destinata a concludersi il 30 giugno 1997, su una vasta area di terraferma denominata Nuovi Territori.

All'approssimarsi di tale scadenza, il governo di Londra avviò, alla fine degli anni settanta del secolo scorso, una trattativa con la Repubblica Popolare Cinese in vista di una definizione tempestiva del futuro della regione. Il perdurare di una situazione di incertezza avrebbe infatti rischiato di produrre conseguenze negative sul mercato immobiliare, non solo nei Nuovi Territori ma in tutta Hong Kong. Un'eventuale separazione tra una parte a controllo britannico (Kowloon e l'isola di Hong Kong) ed una a controllo cinese sarebbe stata peraltro impercorribile in ragione dell'impossibilità di assicurare una difesa militare ai territori concessi in permanenza al Regno Unito e della dipendenza di questi ultimi dalla confinante provincia cinese del Guandong per gli approvvigionamenti di acqua e cibo. Il risultato fu dunque una Dichiarazione Congiunta Sino-Britannica sulla

Note:

Paolo Panico è vice presidente della *holding* di un gruppo bancario e professore a contratto dell'Università di Modena.

(1) [2005] 264 HKCU 1. Il testo della sentenza può leggersi *infra*, 599.

Questione di Hong Kong, sottoscritta il 19 dicembre 1984 a Pechino da Margaret Thatcher e Deng Xiaoping, ai sensi della quale la Repubblica Popolare Cinese avrebbe ripreso la sovranità dell'intero territorio di Hong Kong a far tempo dal 1° luglio 1997.

I principi ispiratori della Dichiarazione Congiunta furono trasposti nella Legge Fondamentale (Basic Law) della Regione Amministrativa Speciale di Hong Kong, una sorta di carta costituzionale dell'ex colonia promulgata il 4 aprile 1990 dall'Assemblea Nazionale del Popolo della Repubblica Popolare Cinese. L'idea centrale della Basic Law è riassunta nella massima "Un Paese – Due Sistemi", in forza della quale Hong Kong avrebbe acquisito lo *status* di Regione Amministrativa Speciale con un proprio potere esecutivo, legislativo e giudiziario indipendenti da quelli della madrepatria ed avrebbe mantenuto il proprio sistema economico capitalistico per almeno 50 anni dalla fine del dominio britannico(2). Anche in termini di relazioni internazionali – ivi compresi in particolare i trattati contro la doppia imposizione – Hong Kong è indipendente dalla Repubblica Popolare Cinese(3). Quest'ultima è tuttavia responsabile per la difesa e la politica estera della Regione Amministrativa Speciale.

Il governo della Regione Amministrativa Speciale è guidato dal Chief Executive, eletto per un periodo di cinque anni da una commissione speciale di quattrocento elettori, nominata a sua volta da una commissione pre-elettorale decisa dal governo di Pechino. La Basic Law prevede che dopo il 2007 sia possibile prevedere l'elezione diretta del Chief Executive da parte degli abitanti di Hong Kong. Questa, così come altre misure tese ad introdurre un maggior grado di democrazia diretta nell'ex colonia britannica, dovranno peraltro trovare realizzazione nel rispetto di un altro principio cardine della Basic Law, quello di uno sviluppo graduale ed ordinato(4).

Il potere legislativo è esercitato da un Legislative Council (Legco) composto di 60 membri in carica per quattro anni, metà dei quali sono direttamente eletti nelle circoscrizioni in cui è suddivisa la regione, mentre l'altra metà accede all'incarico per ragioni di competenza funzionale. Anche per l'organo legislativo la Basic Law prevede una graduale evoluzione verso l'elezione diretta a suffragio universale(5). Una parziale limitazione dell'autonomia legislativa della regione è data dal requisito per cui ogni votazione debba passare a maggioranza sia dei 30 membri direttamente eletti sia dei 30 di nomina funzionale.

Per di più il Legislative Council non può autonomamente avviare un dibattito su un progetto di legge che abbia attinenza a materie di "Government policy" (intesa in senso lato) senza il preventivo assenso del Chief Executive. L'indipendenza della Regione Amministrativa Speciale in ambito legislativo è peraltro comprovata dal fatto che il disegno di legge relativo a misure contro gli atti sovversivi nei confronti del governo della Repubblica Popolare Cinese, predisposto dal Chief Executive in ossequio ad una disposizione della Basic Law, non è stato approvato in seguito ad un'imponente manifestazione popolare il 1° luglio 2003 e non è mai più stato presentato al Legislative Council(6).

Le leggi della Repubblica Popolare Cinese non trovano applicazione a Hong Kong, che rimane a tutti gli effetti una giurisdizione di *common law*(7). Questa circostanza è confermata dall'indipendenza dell'autorità giudiziaria. Con la fine della sovranità britannica la corte di ultima istanza non è più il Privy Council di Londra, bensì una corte suprema (Court of Final Appeal) espressamente istituita per la regione. La Court of Final Appeal è presieduta dal Chief Justice, capo del sistema giudiziario di Hong Kong, e consiste di tre giudici permanenti ed un quarto nominato tra i giudici non permanenti, otto dei quali sono di Hong Kong e nove provengono da altre giu-

Note:

(2) Art. 5 Basic Law.

(3) Il 7 ottobre 2004 Hong Kong ha sottoscritto con il Belgio il suo primo trattato contro la doppia imposizione, oltre a quello in essere con la Repubblica Popolare Cinese. Il nuovo trattato rende particolarmente vantaggiosa l'organizzazione di investimenti europei in Cina (e viceversa) attraverso società belghe e di Hong Kong.

(4) Art. 45 Basic Law. Il Comitato Permanente dell'Assemblea Nazionale del Popolo, con un parere rilasciato il 26 aprile 2004, ha peraltro escluso che la prossima elezione del Chief Executive, che avrà luogo nel 2007, possa avvenire per suffragio universale.

(5) Art. 67 Basic Law. Il suffragio universale è peraltro escluso in occasione della prossima elezione del Legislative Council, prevista per il 2008. Vale la pena di notare che l'attuale meccanismo elettorale assicura, almeno in linea di principio, una maggior rappresentatività all'organo legislativo di quanto non fosse il caso con l'ultimo Legislative Council di epoca britannica, entrato in carica nel 1995, nel quale solo 20 membri su 60 erano direttamente eletti in collegi circoscrizionali.

(6) L'adozione di misure contro gli atti sovversivi, l'alto tradimento, la secessione ed il furto di segreti di stato è prevista all'art. 23 della Basic Law. I provvedimenti previsti nel disegno di legge abortito sarebbero stati peraltro assai limitativi delle libertà fondamentali garantite ai cittadini di Hong Kong dagli artt. 27-38 della Basic Law e, per quanto riguarda la proprietà privata, dall'art. 6.

(7) Art. 8 Basic Law.

Saggi

risdizioni di *common law*, compresa l'Inghilterra(8). L'autonomia della Court of Final Appeal dal sistema giudiziario cinese è totale, salvo nel caso in cui la corte suprema di Hong Kong si debba pronunciare sulla materia costituzionale. In tal caso la Court of Final Appeal è tenuta a richiedere l'interpretazione autentica delle norme rilevanti della Basic Law da parte del Comitato Permanente dell'Assemblea Nazionale del Popolo, che a sua volta si avvale del Comitato per la Basic Law nel rilasciare i suoi pareri(9). I due gradi inferiori di giudizio competono alla High Court, che si divide in Court of First Instance e Court of Appeal. L'inglese, che ai sensi della Basic Law è rimasto lingua ufficiale della Regione Amministrativa Speciale, è ancora prevalentemente utilizzato, oltre che negli atti legislativi e di governo, in sede di controversie civili e penali(10). Le parti ed i testi hanno tuttavia la facoltà di esprimersi in cinese (mandarino o cantonese) nel corso dell'intero procedimento ovvero in specifici momenti dello stesso. La necessità di fare riferimento a precedenti giurisprudenziali inglesi o del Commonwealth rende ovviamente preferito l'utilizzo della lingua inglese.

La professione legale a Hong Kong continua ad essere organizzata secondo la distinzione tradizionale inglese tra i *solicitors*, incaricati dell'istruttoria con le parti ma esclusi dall'attività forense, ed i *barristers*, ammessi al patrocinio dei clienti in aula(11). I legali di Hong Kong che avevano acquisito la qualifica di Queen's Counsel (QC) hanno visto modificata la definizione – ma non il suo significato – in Senior Counsel (SC) con l'avvento della sovranità cinese.

Per quanto riguarda i trust, la materia è disciplinata in primo luogo dalla Trustee Ordinance del 1929, come successivamente modificata. La Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985 sulla legge regolatrice ed il riconoscimento dei trust è in vigore a Hong Kong dal 1° gennaio 1992 ai sensi del Recognition of Trusts Act inglese del 1987(12). I precedenti inglesi in materia, come appare senz'ombra di dubbio dal caso che ci apprestiamo ad esaminare, sono pienamente efficaci.

§ 2. Il caso *Hotung*: revocabilità dei trust auto-dichiarati.

Eric Edward Hotung, discendente di un'importante famiglia di imprenditori ed a sua volta uomo d'affari di successo, decise nel 1979 di istituire due trust a favore dei sei più giovani tra i suoi otto figli.

Un trust fu istituito a favore di tre figli maschi ed ebbe come trustee la signora Ho Yuen Ki, cugina del disponente. L'altro trust fu istituito a favore delle tre figlie femmine del disponente e l'ufficio di trustee fu affidato alla società Hillhead Ltd., facente capo ad una società di revisione contabile in cui lavorava un nipote del disponente.

Il patrimonio in trust era nei due casi identico e consisteva nel 50% del capitale di due società del disponente, Hotung Enterprises Ltd. (HEL) e Hotung Investment (China) Ltd. (HICL). Vale la pena di ripercorrere in dettaglio le operazioni societarie preordinate all'istituzione dei due trust ed i conseguenti negozi istitutivi, nella forma di dichiarazioni unilaterali rese dai rispettivi trustee, in quanto la loro scansione temporale rileva ai fini delle argomentazioni delle parti e del giudizio finale.

La società HEL aveva originariamente un capitale sociale suddiviso in 20.000 azioni, di cui 19.999 detenute dal disponente ed una da sua cugina Ho Yuen Ki. In data 17 settembre 1979 una riunione del consiglio di amministrazione della società approvò la cessione di 10.002 azioni del disponente alla società Hillhead Ltd. e di 9.997 alla signora Ho. Altre quattro azioni furono emesse a favore della signora Ho ed il consiglio ne verbalizzò l'avvenuta liberazione a

Note:

(8) Al di là della Court of Final Appeal, si stima che complessivamente il 40% dei giudici operanti a Hong Kong provenga da altre giurisdizioni di *common law*.

(9) Art. 158 Basic Law. I casi di interpretazione autentica della Basic Law da parte del Comitato Permanente dell'Assemblea Nazionale del Popolo sono stati finora tre. Nel 1999, con una procedura di assai dubbia costituzionalità, è stato il Chief Executive a richiederla in occasione di un'importante vertenza sul diritto di asilo. Nel 2004 il Comitato Permanente si è pronunciato in merito all'eventualità di elezioni a suffragio universale nel 2007 e nel 2008. Il 27 aprile 2005, infine, il Comitato Permanente ha stabilito che, in seguito alle dimissioni del Chief Executive Tung Chi-hwa in data 10 marzo 2005, il suo successore sarebbe rimasto in carica fino al termine del suo mandato originario e non per un nuovo quinquennio.

(10) Art. 9 Basic Law.

(11) Come è noto, con le cosiddette Riforme Wolfe, il sistema inglese ha recentemente previsto la figura del *solicitor advocate*, ammesso al dibattimento *apud iudicem* come un *barrister*.

(12) Il Recognition of Trusts Act 1987 è entrato in vigore il 1° gennaio 1992 nel Regno Unito, nelle sue colonie e dipendenze, nonché nei territori appartenenti alla corona. L'articolo 13 della Convenzione de L'Aja non è stato riprodotto nell'Act inglese in ragione della sua irrilevanza nella patria dell'*Equity*. In sede di ratifica il legislatore del Regno Unito, come peraltro quello del Lussemburgo e di alcuni stati del Canada, si è avvalso della facoltà prevista dalla Convenzione de L'Aja di estenderne gli effetti ai trust dichiarati per decisioni di giustizia (art. 20), nonché di escludere la possibilità di applicare ad una controversia le leggi di uno stato che presenti con essa legami più stretti (art. 16, III comma).

mezzo di pagamento in contanti. In definitiva, tanto la società Hillhead Ltd. quanto la signora Ho si ritrovarono al termine dell'operazione con 10.002 azioni della società HEL, pari al 50% del capitale versato. La scelta del numero di azioni non era casuale: ciascun trustee si trovava così a detenere 3.334 azioni per ciascuno dei tre beneficiari del suo trust. In data 17 ottobre 1979 i rispettivi certificati azionari furono consegnati ai due nuovi azionisti di HEL i quali, il 29 novembre 1979, sottoscrissero due identiche dichiarazioni unilaterali di trust. La signora Ho dichiarò di detenere le azioni in trust per i tre figli del disponente in parti eguali e Hillhead Ltd. fece lo stesso riguardo alle tre figlie del disponente.

La società HICL aveva invece un capitale sociale suddiviso in due sole azioni detenute da altrettanti *nominee* per conto del disponente. In data 28 settembre 1979 una riunione del consiglio di amministrazione della società approvò la cessione delle due azioni alla signora Ho, nonché l'emissione di altre quattro azioni interamente liberate, una da assegnarsi alla stessa signora Ho e le altre tre alla società Hillhead Ltd. Il 6 febbraio 1980, nel momento in cui venivano consegnati loro i certificati azionari, la signora Ho e la società Hillhead resero due nuove dichiarazioni unilaterali di trust ai sensi delle quali le azioni di HICL erano detenute in trust a favore rispettivamente dei tre figli e delle tre figlie del disponente, in ragione di una a testa.

In entrambi i casi le dichiarazioni unilaterali rese dai trustee recitavano che le azioni di HEL e HICL erano tenute a disposizione dei beneficiari in parti eguali. Il testo inglese suona "to hold upon trust for the three sons [rispettivamente, *daughters*, n.d.a.] *equally*"(13). In altre parole, stando alla lettera dei due trust auto-dichiarati, i beneficiari avevano posizioni stabili (in inglese *vested*), ossia la proprietà equitativa delle rispettive azioni, con tutto quanto ne consegue in diritto inglese (recepito a Hong Kong in forza della Trustee Ordinance e dei precedenti giurisprudenziali), competeva a ciascuno dei figli e delle figlie del disponente in parti eguali.

Nessuno dei figli, tutti e sei minorenni al momento dell'istituzione dei trust, era tuttavia al corrente dell'esistenza dei trust, mantenuti segreti per espressa volontà del disponente.

Venticinque anni più tardi, in data 14 gennaio 2004, il disponente sottoscrisse due identici atti di revoca (*deed of revocation*) con riguardo a ciascuno dei trust. Le premesse di ciascun atto di revoca contene-

vano l'indicazione che, in sede di istituzione del rispettivo trust, il disponente si sarebbe riservato *oralmente* il potere di revoca parziale o totale a propria discrezione. I testi delle dichiarazioni unilaterali istitutive dei rispettivi trust, predisposte da un avvocato di fiducia del disponente, non riportavano peraltro alcuna menzione di poteri di revoca in capo al disponente.

A fronte delle resistenze dei trustee, e soprattutto dei beneficiari nel frattempo venuti a conoscenza dell'esistenza dei trust, il disponente decise di adire il tribunale di primo grado (Court of First Instance) di Hong Kong per ottenere la *rectification* dei trust(14). Si tratta di un rimedio previsto dall'*Equity*, ai sensi del quale il tribunale, accertata la difformità di un atto dalla volontà originaria delle parti (per errore materiale od altro incidente), lo può rettificare così da permettergli di esplicitare gli effetti originariamente desiderati. Più precisamente, il signor Hotung richiese una dichiarazione del tribunale tale da modificare i due trust al fine di far emergere tre condizioni che a suo dire avrebbero dovuto caratterizzarli sin dall'inizio ma per qualche ragione non erano state esplicitate nelle dichiarazioni istitutive rese dai trustee, ovvero: (a) i trust erano revocabili da parte del disponente per tutta la sua vita e le azioni in trust sarebbero state distribuite ai beneficiari solo dopo la morte del disponente; (b) il reddito dei beni in trust sarebbe stato impiegato dai trustee, a loro assoluta discrezione, non solo a favore dei beneficiari indicati nelle dichiarazioni istitutive, bensì anche del disponente, di sua moglie e degli altri due figli del disponente non previsti nei trust, (c) i trustee non avrebbero interferito nella gestione delle due società.

Nessuna delle tre condizioni in parola appariva od era altrimenti desumibile dal tenore delle dichiarazioni istitutive di trust. Per quanto riguarda la condizione (c), essa fu in realtà osservata in punto di fatto e doveva essere implicita tanto nella relazione esistente tra il disponente e sua cugina, quanto nella natura fiduciaria della società Hillhead Ltd. Nessuno dei due interferì mai nella gestione delle società HEL e HICL. La condizione (b) aveva mera rilevanza spe-

Note:

(13) Per la traduzione italiana "tenute a disposizione dei beneficiari", si segue l'impostazione di M. Lupoi, *L'atto istitutivo di trust*, Milano, 2005, p. 187.

(14) Sul *power of rectification v. E. Barla De Guglielmi*, Manifestazione della volontà delle parti ed errore nella redazione dell'atto: l'intervento del giudice, in questa Rivista, 2004, 556.

S a g g i

culativa in quanto i due trust non avevano mai distribuito redditi né il disponente aveva mai richiesto che i redditi venissero effettivamente impiegati a favore di soggetti diversi dai beneficiari. Il tribunale si occupò dunque prevalentemente della condizione (a), in forza della quale il disponente pretendeva di poter revocare i due trust.

La ricostruzione delle asserite raccomandazioni del disponente fu esperita dal giudice soprattutto attraverso l'interrogazione di testimoni, pur con le difficoltà conseguenti al lungo periodo di tempo intercorso dall'istituzione dei trust ed all'età avanzata di alcuni dei soggetti coinvolti. Dall'intervista del nipote del disponente, che al tempo dell'istituzione dei trust era *manager* della società di revisione che aveva messo a disposizione Hillhead Ltd. come trustee, e del suo diretto superiore (*partner*) dell'epoca, emerse tuttavia che il disponente aveva chiaramente espresso la volontà di mantenere il controllo dei due trust. L'espressione utilizzata nelle dichiarazioni è *absolute control* o talvolta *ultimate control*.

Per di più, secondo la ricostruzione dei professionisti citati, Hillhead Ltd. avrebbe consegnato al disponente le azioni di HEL e HICL che deteneva in trust unitamente a due moduli di cessione già sottoscritti in bianco. Questa circostanza, che corrispondeva ad una prassi consolidata di Hillhead Ltd., avrebbe effettivamente consentito al disponente di trasferire in qualsiasi momento la proprietà delle azioni ad un altro trustee ovvero a se stesso, ponendo di fatto fine al trust. In realtà la consegna di tali moduli in bianco non poté essere provata. Anzi, proprio una richiesta di manleva da parte di Hillhead Ltd. alle tre figlie del disponente e beneficiarie del trust per l'emissione di nuovi moduli di cessione, a fronte dell'asserito smarrimento di quelli originali, rese queste ultime edotte dell'esistenza del trust nel 1998. I moduli erano stati richiesti dal disponente, che probabilmente intendeva già allora "revocare" di fatto il trust.

In definitiva, la conclusione del giudice Hong Tang è stata che la volontà di riservarsi il controllo su un trust non implica di per sé il potere di revoca. Nonostante la produzione di moduli di cessione sottoscritti in bianco fosse la prassi abitualmente seguita da Hillhead Ltd., nel caso di specie non appariva alcuna evidenza dell'avvenuta consegna di tali certificati al disponente. Per di più, appariva improbabile che il disponente avesse effettivamente esplicitato le condizioni (a), (b) e (c) al suo legale di fiducia, che

presiedeva i consigli di amministrazione di alcune delle sue società e curava gli affari legali di famiglia, e che questi non le avesse poi inserite nelle dichiarazioni istitutive di trust. In altre parole, senza mettere in dubbio l'onestà intellettuale delle parti e dei testi esaminati, il giudice non ha rilevato la sussistenza degli elementi a supporto di una *rectification* dei trust da parte del tribunale.

§ 3. (Segue). Il caso *Hotung*: requisiti di forma per la disposizione di diritti equitativi.

Constatata la debolezza della linea argomentativa tesa a dimostrare l'esistenza di un potere orale di revoca dei trust, i procuratori del disponente esperimento anche un altro tentativo per far dichiarare nulle le dichiarazioni unilaterali rese dai trustee.

Il presupposto di questa ulteriore pretesa è la sezione 6(1)(c) della Law Amendment and Reform (Consolidation) Ordinance di Hong Kong, che riproduce testualmente la disposizione di cui alla sezione 53(1)(c) del Law of Property Act inglese del 1925. La norma prescrive che, a pena di nullità, gli atti dispositivi su diritti equitativi (*equitable interests*) esistenti al momento della disposizione debbano avere forma scritta e debbano essere sottoscritti dal titolare dei diritti o da un suo mandatario debitamente autorizzato per iscritto.

L'argomentazione ha natura essenzialmente tecnica e si basa sulla circostanza di fatto che dalla data delle riunioni consiliari relative all'emissione di azioni delle società HEL e HICL a quella delle dichiarazioni istitutive di trust sono intercorsi alcuni mesi. In assenza di indicazioni esplicite del disponente, i trustee dovevano dunque detenere le rispettive azioni in un *resulting trust* per il disponente stesso. Se questo fosse stato il caso, le dichiarazioni istitutive di trust avrebbero effettivamente integrato atti dispositivi della proprietà equitativa fino ad allora spettante al disponente e da quel momento in poi attribuita ai suoi figli. In assenza dell'autorizzazione scritta da parte di quest'ultimo, le dichiarazioni sarebbero state nulle e la titolarità in *Equity* dei diritti sulle azioni HEL e HICL sarebbe sempre rimasta in capo al disponente.

Per chiarire ulteriormente l'argomentazione, può forse giovare ripercorrere brevemente i fatti dei due più importanti precedenti citati dal giudice Hong Tang.

In *Grey v Inland Revenue Commissioners*(15), il disponente aveva inizialmente trasferito 18.000 azioni ai trustee di sei trust da lui in precedenza istituiti, senza indicazioni su come le azioni dovessero essere impiegate. Qualche mese più tardi il disponente istruì oralmente i trustee di assegnare 3.000 azioni a ciascun trust. I trustee rilasciarono dichiarazioni unilaterali in tal senso, che il disponente controfirmò per conformità con le sue precedenti istruzioni verbali. Agli occhi del fisco inglese, si trattava dunque di valide disposizioni di diritti equitativi, assoggettabili in quanto tali all'imposta di bollo all'epoca in vigore. La Camera dei Lord confermò tale impostazione.

In *Vandervell v Inland Revenue Commissioners*(16), primo episodio di una "saga" giudiziaria durata sette anni, il disponente aveva inteso donare una somma al Royal College of Surgeons per l'istituzione di una cattedra di farmacologia. Per ragioni di convenienza fiscale l'operazione era stata strutturata nel modo seguente: (i) il signor Vandervell trasferì al College azioni di una sua società industriale che avrebbero di lì a poco distribuito dividendi lordi per £ 266.000 (ridotti a £ 157.000 per effetto della sovrattassa sui dividendi allora in vigore nel Regno Unito)(17), (ii) il College concesse alla *trust company* creata dal signor Vandervell per i suoi trust di famiglia un'opzione *call* sull'acquisto delle stesse azioni al prezzo nozionale di £ 5.000; (iii) nel momento in cui la *trust company* esercitò l'opzione e rientrò in possesso delle azioni, il signor Vandervell non era ancora sicuro della loro destinazione, se in uno dei trust già istituiti per i suoi figli ovvero in un nuovo trust con finalità benefiche. Il fisco inglese concluse che, nell'incertezza di tale determinazione, la *trust company* deteneva le azioni in un *resulting trust* per il signor Vandervell, che si vedeva così costretto a pagare la sovrattassa sui dividendi maturati in quell'intervallo di tempo.

Nonostante le motivazioni eminentemente fiscali alla base dei due casi in parola(18), il giudice Hong Tang ha preso in considerazione il *dictum* di Lord Upjohn in *Vandervell v Inland Revenue Commissioners* e la sua rilevanza ai fini dell'applicazione della sezione 53(1)(c) del Law of Property Act 1925. La traduzione italiana può suonare così: "Quando A trasferisce, od istruisce un trustee di trasferire per suo conto, il diritto di proprietà su certi beni a B in assenza di controprestazione, la questione è se l'intenzione di A sia di trasferire a B in piena proprietà ovvero in trust, ed in tal caso per quale trust"(19).

Ai fini del caso *Hotung*, l'eventualità di un *resulting trust* a favore del disponente nel periodo intercorrente tra l'emissione delle azioni a nome dei trustee e la dichiarazione istitutiva di trust da parte di questi ultimi è esclusa. Dalla ricostruzione degli eventi del 1979 e 1980 appare infatti evidente che le dichiarazioni furono sottoscritte tardivamente soltanto perché apparivano come una formalità pressoché irrilevante. Le finalità delle operazioni societarie erano state sin da subito rese note ai trustee e comprovate, tra l'altro, dalla circostanza che entrambe le società HEL e HICL furono oggetto di provvedimenti sul capitale tesi a suddividerlo in un numero di azioni multiplo di tre, come i beneficiari di ciascun trust. Disconoscendo la sussistenza di un *resulting trust* a favore del disponente fino al momento della sottoscrizione dei trust auto-dichiarati da parte dei trustee, si esclude che questi ultimi abbiano integrato atti dispositivi di diritti equitativi esistenti. La conferma scritta da parte del disponente non è dunque un requisito formale *ad validitatem* ed i trust sono validi.

Per concludere con un profilo squisitamente tecnico, in assenza di un *resulting trust* a favore del disponente i due trustee si trovavano sino alla data delle dichiarazioni unilaterali di trust titolari del diritto legale e di quello equitativo. Quest'ultimo veniva conferito in capo ai beneficiari nominati nelle dichiarazioni istitutive di trust solo al momento della sottoscrizione delle stesse e non ricadeva nel campo di applicazione della citata sezione 53(1)(c) del Law of Property Act 1925, relativa al caso di diritti equitativi *subsistent* al momento dell'atto dispositivo che li ha per oggetto. Giova ricordare, in conclusione, che quest'ultima disposizione è strettamente collegata con lo Statute of Frauds inglese del 1677 ed ha lo scopo di impedire ad un trustee di defraudare un beneficiario

Note:

(15) *Grey v Inland Revenue Commissioners* [1960] AC 1.

(16) *Vandervell v Inland Revenue Commissioners* [1967] 2 AC 291.

(17) Il Royal College of Surgeons aveva diritto al rimborso della sovrattassa, il che giustifica la complessa costruzione finanziaria dell'operazione.

(18) Giova ricordare che il regime tributario imposto dal governo laburista del secondo dopoguerra fu uno dei più confiscatori del mondo occidentale, con un'aliquota massima di imposizione sul reddito pari in certi periodi al 90%. Fortunatamente non è più il caso da tempo.

(19) Il testo originale è citato integralmente per ben due volte ai paragrafi 134 e 139 della sentenza.

Saggi

del suo diritto trasferendolo a terzi senza il consenso del beneficiario medesimo, ovvero di dar luogo al trasferimento di una posizione equitativa senza che se ne conosca il dante causa. La norma si applica dunque in presenza della separazione tra *legal* ed *equitable ownership*, ovvero – più opportunamente – quando un trust è già in essere. Esclusa l'eventualità del *resulting trust* a favore del disponente, argomentato dai suoi legali solo in forza della sequenza temporale degli eventi, la norma risulta inapplicabile.

§ 4. Riservatezza, atti prestampati e raccomandazioni del disponente: qualche considerazione conclusiva.

A onor del vero, la sentenza di primo grado della High Court di Hong Kong ha riconosciuto un *resulting trust* a favore del disponente. Si tratta della singola azione detenuta dalla signora Ho Yuen Ki nella società HEL prima delle operazioni che ne hanno portato il capitale da 20.000 a 20.004 azioni. Anche in assenza di un'esplicita dichiarazione in tal senso, il giudice ha ravvisato l'esistenza di un rapporto fiduciario rispetto a quell'azione. Esempi di *resulting trust* di questo genere erano peraltro assai frequenti a Hong Kong in ragione di una restrizione del locale diritto societario, che non ammetteva società unipersonali. Con la Companies (Amendment) Ordinance del 2003 questa inutile simulazione non è più necessaria in quanto le *private limited companies* possono essere costituite da un socio unico.

Questa circostanza, così come l'intero svolgimento del caso *Hotung*, conduce a qualche riflessione conclusiva su certe prassi abitualmente seguite da alcune *trust companies* internazionali. Non di rado accade che, per ragioni di riservatezza alle quali non sempre è estraneo il desiderio di eludere restrizioni normative di carattere civilistico o fiscale, il trustee professionale sottoscriva una dichiarazione unilaterale *standard* ed i "veri" contenuti del trust siano relegati a "lettere di desiderio" od altri documenti informali redatti dal disponente. Questa prassi è talvolta seguita per politiche di contenimento dei costi, ovvero di *risk management*, in forza delle quali alcune *trust companies* – specie quelle sottoposte a maggiori oneri in fatto di vigilanza prudenziale – preferiscono fare uso di modelli *standard*, già sottoposti ad accurata verifica legale, piuttosto che dar vita a strumenti espressamente redatti per le esigenze di ciascun singolo cliente.

I rischi di questo *modus operandi* sono resi evidenti dall'esito della vicenda del signor Hotung. Se il tentativo di far valere raccomandazioni verbali in assenza di prove testimoniali o scritte dell'effettiva loro esistenza appare impresa quasi disperata, altrettanti rischi si possono correre con "lettere di desiderio" redatte informalmente con una terminologia che a distanza di anni, se non decenni, si potrà rivelare ambigua. Quanti disponenti ignari del tecnicismo che talvolta caratterizza il diritto dei trust potrebbero in buona fede ritenere che una prerogativa di "controllo assoluto" sull'operato del trustee comprenda implicitamente anche il potere di revocare il trust? Vale forse la pena di aggiungere qui che nel caso *Hotung* il disponente si proponeva di revocare *i trust* (e dunque le relative disposizioni beneficiarie) non già semplicemente *i trustee*.

Se è plausibile che il signor Hotung, ormai avanti con gli anni, ricordasse male le condizioni che riteneva di aver imposto oralmente ai due trustee venticinque anni prima, è altrettanto plausibile che in realtà egli avesse cambiato idea rispetto ai due trust e cercasse il modo per "smontarli". È forse sintomatico che, a fronte di un testamento redatto nel 1978 a favore di sua moglie e tutti i suoi figli e figlie, nel 2001 il signor Hotung avesse redatto un nuovo testamento, sostitutivo del primo, in cui diseredava i figli e le figlie. Anche in questo caso, in assenza di "vie d'uscita" preventivamente definite, è estremamente difficile assecondare le volontà un disponente che "cambia idea". Anche perché il trustee – giova ricordarlo – una volta che il trust è istituito deve agire nell'esclusivo interesse dei beneficiari e ne è personalmente responsabile.

L'uso di atti prestampati, usualmente redatti in modo da lasciare al trustee i più ampi poteri e da non far trasparire in alcun modo le caratteristiche specifiche del trust (a partire dal fondo in trust che è spesso indicato in una somma di denaro irrisoria), è una prassi che, se a prima vista sembra tutelare la *trust company* che li adotta, in realtà può finire per farla trovare al centro di impreviste faide familiari, con conseguenze del tutto incerte. Per non parlare degli interessi dei beneficiari e delle effettive volontà del disponente, che normalmente il trust consente di soddisfare con un elevato grado di flessibilità ed efficacia, se lo strumento è predisposto avendo in mente la situazione specifica del singolo cliente, non certo se gli si sottopongono documenti predefiniti ed impersonali.

Trust interno e pubblicità tavolare

di Lorenzo Pellegrini

SOMMARIO: § 1. Premessa. – § 2. Ammissibilità del trust interno e della sua trascrizione. – § 3. Compatibilità con il sistema tavolare e modalità dell'iscrizione. – § 4. Necessità di allegare alla domanda tavolare l'atto istitutivo del trust; inapplicabilità dell'art. 94 bis l. tav. – § 5. Effetti dell'iscrizione. – § 6. Il trust auto-dichiarato e la sua pubblicità tavolare.

§ 1. Premessa.

Il decreto qui commentato⁽¹⁾ ammette, in conformità all'orientamento ormai dominante, la pubblicità immobiliare di un trust cosiddetto interno, caratterizzato, cioè, dalla circostanza di avere tutti gli elementi rilevanti localizzati in Italia salvo la legge regolatrice prescelta, la quale deve essere quella di un ordinamento straniero che disciplini al suo interno l'istituto del trust.

Dopo avere preso posizione su numerose questioni sorte in ordine alla riconoscibilità nel nostro ordinamento della figura in questione, il Giudicante ha accolto la domanda tavolare riguardante non già lo schema "classico" del trust (nel quale, cioè, un soggetto, detto disponente o *settlor*, nomina un altro soggetto quale trustee, trasferendogli uno o più beni determinati con il compito di amministrarli nell'interesse di un beneficiario o per uno scopo specifico), bensì un'ipotesi di cosiddetto trust auto-dichiarato, in cui il disponente nomina se stesso quale trustee in relazione ad un determinato bene immobile.

In tale fattispecie, il Giudice tavolare, senza peraltro soffermarsi specificamente sulla particolarità del caso, evincibile solo implicitamente dal complessivo tenore del provvedimento, ha stabilito che la segnalazione pubblicitaria debba effettuarsi nella forma dell'annotazione, nel foglio "B", della istituzione in trust del corpo tavolare che ne costituisce l'oggetto.

La decisione in esame, pur destando qualche perplessità per il caso di specie, offre peraltro lo spunto per una breve indagine sui profili tavolari della riconosciuta operatività del trust all'interno del nostro ordinamento. A tal fine, pur non essendo ovviamente questa la sede per affrontare i numerosi e complessi interrogativi emersi in materia di trust, appare tut-

tavia opportuno volgere preliminarmente lo sguardo alla posizione assunta dalla dottrina e dalla giurisprudenza in ordine agli aspetti dell'istituto suscettibili di incidere sui profili pubblicitari che qui interessano.

§ 2. Ammissibilità del trust interno e della sua trascrizione.

Con riguardo al tema della riconoscibilità stessa dell'istituto in questione, mentre è opinione indiscussa che, in seguito all'entrata in vigore della legge 16 ottobre 1989, n. 364 (di ratifica ed esecuzione della Convenzione sulla legge applicabile ai trust e sul loro riconoscimento, adottata a L'Aja il 1° luglio 1985 ed entrata in vigore il 1° gennaio 1992), siano ammissibili i trust stranieri, caratterizzati da elementi di estraneità ulteriori rispetto alla legge regolatrice (per esempio, perché i beni che ne formano oggetto si trovano all'estero, o perché qui si colloca la nazionalità o la residenza del disponente, del trustee o dei beneficiari), gravi dubbi sono invece sorti in ordine alla possibilità per un cittadino italiano di istituire un cosiddetto trust interno, per tale intendendosi un trust estraneo al nostro ordinamento per il solo profilo della disciplina applicabile, costituita da regole contenute nella legge straniera scelta dal disponente ai sensi dell'art. 6 della Convenzione, mentre tutti gli elementi soggettivi ed oggettivi sono connessi al territorio dello Stato⁽²⁾.

Al riguardo, parte della dottrina ha riconosciuto alla Convenzione un'efficacia limitata all'ambito del diritto internazionale privato, nel senso che scopo di essa dovrebbe essere unicamente quello di dirimere i conflitti fra leggi: stando a tale impostazione, la Con-

Note:

Lorenzo Pellegrini è ricercatore di diritto civile dell'Università di Trieste.

(1) Tribunale di Trento, Sezione Distaccata di Cavalese, 20 luglio 2004, in questa Rivista, 2004, 573.

(2) M. Lupoi, Osservazioni su due recenti pronunce in tema di trust, Riv. not., 2004, 568; in questa Rivista, 2004, 362; in argomento, v., altresì, G. Broggin, "Trust" e fiducia nel diritto internazionale privato, Europa e dir. priv., 1998, 399, il quale ne individua (a p. 411) la "fattispecie esemplare" nel "trust costituito da un *settlor* italiano residente in Italia, posto sotto il controllo di un trustee italiano residente in Italia, che gestisce beni situati in Italia nell'interesse di un beneficiario italiano residente in Italia, assoggettato per volontà esplicita del costituente al diritto inglese".

Saggi

venzione in questione, pur prevedendo il riconoscimento del trust, e dei conseguenti effetti segregativi del patrimonio, potrebbe applicarsi nei soli casi in cui vi siano elementi di estraneità con l'ordinamento italiano, e ciò anche alla luce del principio di ordine pubblico, posto dall'art. 2740 cod. civ., secondo cui non sarebbero ammessi nel nostro sistema istituti volti ad ottenere, ad opera dell'autonomia privata, la limitazione della responsabilità del debitore e, quindi, a dare vita a patrimoni segregati(3).

L'orientamento prevalente è invece nel senso che la Convenzione ben consente che vi sia il riconoscimento di un trust i cui elementi soggettivi ed oggettivi siano tutti connessi all'ordinamento italiano, a condizione che la legge regolatrice prescelta dal disponente appartenga ad un ordinamento straniero che disciplini al suo interno l'istituto del trust: si ritiene, pertanto, che la legge regolatrice prescelta – come consente l'art. 6 della Convenzione – costituisca l'unico elemento di estraneità sufficiente a giustificare l'applicazione della Convenzione ed il riconoscimento del trust interno(4). Quanto alla affermata violazione dell'art. 2740 cod. civ., si replica che – ferma ovviamente restando, per i creditori del disponente, la possibilità di ricorrere allo strumento revocatorio contro l'atto di disposizione in favore del trustee – l'art. 11 della Convenzione, introducendo una norma sostanziale uniforme in ordine all'effetto segregativo, configura “una ennesima limitazione legislativa della responsabilità patrimoniale disposta dalla norma codicistica”(5).

Sul problema in questione la giurisprudenza ha invece dimostrato assai minori incertezze della dottrina, come è testimoniato dal fatto che, con l'eccezione di qualche isolata pronuncia, l'ammissibilità del trust interno viene ormai data per acquisita(6). Corretta-

Note:

(3) Si veda F. Gazzoni, Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista “non vivente” su *trust* e trascrizione), Riv. not., 2001, 11, a p. 18 s.; Id., In Italia tutto è permesso, anche quello che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul *trust* e su altre bagattelle), *ivi*, 1247; G. Brogini, Il *trust* nel diritto internazionale privato, in I. Beneventi (cur.), *I trusts in Italia oggi*, Milano, 1996, 11; C. Castronovo, Il *trust* e “sostiene Lupoi”, Europa e dir. priv., 1998, 441; S. Mazzamuto, Il *trust* nell'ordinamento italiano dopo la Convenzione dell'Aja, Vita not., 1998, I, 754; L. Ragazzini, *Trust “interno” e ordinamento giuridico italiano*, Riv. not., 1999, 279. A sostegno dell'impostazione indicata nel testo, si invoca altresì l'art. 13 della stessa Convenzione (“Nessuno Stato è tenuto a riconoscere un *trust* i cui elementi importanti, ad eccezione della scelta della legge da applicare, del luogo di amministrazione e della residenza abituale del trustee, sono più strettamente connessi a Stati che non prevedono l'istituto del *trust* o la categoria del *trust* in questione”), osservandosi che la norma in questione, in difetto di apposita disposizione di adattamento ordinario, consentirebbe al giudice di negare il riconoscimento “nei casi

in cui nessuno degli elementi significativi del *trust* presenti caratteri di estraneità rispetto all'ordinamento italiano” (così, in motivazione, Trib. Belluno, 25 settembre 2002, in questa Rivista, 2003, 255; Riv. not., 2002, 1538). A tale riguardo, si è però efficacemente replicato che “la stessa previsione dell'art. 13 relativa alla facoltà concessa agli Stati di escludere il riconoscimento degli effetti dei c.d. *trust* interni sta proprio a significare che, almeno in linea di principio, i *trust* interni sono compresi nell'ambito di applicazione della disciplina di cui alla Convenzione dell'Aja” (in questi termini, S. M. Carbone, *Trust* interno e legge straniera, in M. Dogliotti - A. Braun (curr.), *Il trust nel diritto delle persone e della famiglia*, Milano, 2003, 25, a p. 28, il quale poi aggiunge che potrà essere negato il riconoscimento di un *trust* interno “nei soli casi in cui la scelta del *trust* e della sua legge regolatrice risulta operata al fine di sottrarre abusivamente, e senza legittime giustificazioni, la situazione relativamente alla quale è destinato ad operare il *trust* alla legge che sarebbe ad essa applicabile secondo il normale funzionamento delle norme di diritto internazionale privato”. In altra prospettiva, si individua la ragione giustificatrice di qualsiasi *trust* interno nella necessità che la segregazione di una posizione giuridica soggettiva sia volta a tutelare un interesse lecito e meritevole che non sia altrimenti tutelabile con i nostri strumenti civilistici (M. Lupoi, Osservazioni [*supra*, nota 2], a p. 568 s.; Id., Lettera a un notaio conoscitore dei *trust*, Riv. not., 2001, 1159; in questa Rivista, 2002, 169), con conseguente irricognoscibilità del *trust* nei casi in cui il programma enunciato dal disponente nell'atto istitutivo contrasti con norme imperative del diritto italiano.

(4) In senso favorevole all'ammissibilità della figura in questione, v., nell'ampissimo panorama bibliografico al riguardo, almeno M. Lupoi, *I trusts in diritto civile*, Vita not., 2003, II, 605, a p. 605 s., il quale evidenzia che l'opinione contraria legge nell'art. 6 della Convenzione parole che esso non ha: “Il *trust* è regolato dalla legge scelta dal disponente, purché egli appartenga a uno Stato che conosce il *trust*”; S. M. Carbone, *Trust* interno [*supra*, nota 3], a p. 28; A. Palazzo, Autonomia privata e *trust* protettivi, in questa Rivista, 2003, 192, a p. 195; F. Di Ciommo, Ammissibilità del *trust* interno e giustificazione causale dell'effetto traslativo, Foro it., 2004, I, 1296; Id., Per una teoria negoziale del *trust* (ovvero perché non possiamo farne a meno), Corriere giur., 1999, 630 (prima parte); *ivi*, 773 (seconda parte); G. De Nova, *Trust: negozio istitutivo e negozi dispositivi*, in questa Rivista, 2000, 162; R. Montinaro, *Trust e negozio di destinazione allo scopo*, Milano, 2004, p. 66 s.; F. M. Giuliani, *Il trust “interno” (regolato da una “legge trust”) e la Convenzione dell'Aja*, Contratto e impr., 2003, 433.

(5) In questi termini, A. Gambaro, *Trust e trascrizione*, in questa Rivista, 2002, 346, a p. 349; nello stesso senso, v. altresì P. Manes, *Trust e art. 2740 c.c.: un problema finalmente risolto*, Contratto e impr., 2002, 570; S. M. Carbone, *Trust* interno [*supra*, nota 3], a p. 34 s.; F. Di Ciommo, Ammissibilità del *trust* interno [*supra*, nota 4], a p. 1297; M. Lupoi, *I trusts in diritto civile* [*supra*, nota 4], a p. 605 s. e a p. 612 s.; Id., Lettera [*supra*, nota 3], a p. 1165 s., ad avviso del quale, da un lato, il II comma dell'art. 2740 cod. civ. non entrerebbe in rilievo per il motivo che riguarda le “limitazioni della responsabilità” e, dall'altro, la fonte della segregazione è da rinvenirsi negli artt. 2 e 11 della Convenzione, la quale, ratificata in forza di legge, non deroga all'art. 2740 cod. civ., ma introduce una disposizione diversa per fattispecie diverse. In argomento, v. altresì l'approfondito studio di G. Tucci, *Trusts, concorso dei creditori e azione revocatoria*, in questa Rivista, 2003, 24.

(6) Fra le più recenti decisioni che, senza limitarsi a dare implicitamente per presupposta l'ammissibilità del *trust* interno, sono motivatamente favorevoli, v. Trib. Bologna, 18 aprile 2000, in questa Rivista 2000, 372; Trib. Pisa, 22 dicembre 2001, in questa Rivista, 2002, 241; Trib. Bologna, 1° ottobre 2003, Vita not., 2003, 1297; in questa Rivista, 2004, 67; Trib. Brescia, 12 ottobre 2004, in questa Rivista, 2005, 83. Per un dettagliato panorama giurisprudenziale, v. L. Santoro, *I traguardi della giurisprudenza italiana in materia di trusts*, Vita not., 2003, 1297, a p. 1298 s.; M. Lupoi, Osservazioni [*supra*, nota 2], a p. 568 s.; M. L. Mingrone, *Panorama della giurisprudenza italiana sui trusts*, in questa Rivista, 2001, 216; Id., *La giurisprudenza italiana sui trusts*. Un ulteriore passo verso il riconoscimento dell'istituto, in questa Rivista, 2002, 381. *Contra*, v. Trib. Belluno, 25 settembre 2002 [*supra*, nota 3]; Trib. Santa Maria Capua Vetere, 14 luglio 1999, in questa Rivista, 2000, 251.

mente si evidenzia, infatti, come sarebbe paradossale – oltre che incostituzionale per irragionevolezza intrinseca e per disparità di trattamento – ritenere che l'ordinamento italiano volesse pervenire al riconoscimento in Italia di trust istituiti da stranieri con legge straniera aventi ad oggetto beni siti in Italia e, al contrario, intendesse disconoscere trust aventi le medesime caratteristiche istituiti dai propri cittadini(7).

Uno dei temi maggiormente controversi a seguito della ratifica della Convenzione de L'Aja riguarda la trascrivibilità del trust nell'ipotesi in cui abbia ad oggetto beni immobili, poiché in tal caso la trascrizione diventa condizione essenziale per rendere opponibile ai creditori del trustee l'effetto segregativo. Appare invero evidente che, in difetto di trascrizione, non potrebbe verificarsi l'effetto previsto dall'art. 11 della Convenzione, dal momento che non è da ritenersi ammissibile nel nostro sistema l'opponibilità a terzi di un fatto occulto, e verrebbe conseguentemente a cadere qualsiasi effetto del riconoscimento che l'Italia ha operato dell'istituto del trust con l'adesione e la successiva ratifica della Convenzione(8).

Il problema, in particolare, riguarda non già l'indiscussa circostanza secondo cui il trustee, al quale il disponente abbia trasferito un bene immobile per l'attuazione del programma previsto nell'atto istitutivo, abbia l'onere di trascrivere il proprio acquisto della proprietà a norma dell'art. 2643, n. 1, cod. civ., con gli effetti di cui all'art. 2644 cod. civ. (con conseguente opponibilità del trasferimento nei confronti dei creditori e degli aventi causa dal disponente che abbiano trascritto successivamente), ma la possibilità di trascrivere a nome del trustee in quanto tale.

A tale proposito, l'art. 12 della Convenzione de L'Aja (secondo cui "Il trustee che desidera registrare i beni mobili e immobili [...] avrà facoltà di richiedere la iscrizione nella sua qualità di trustee o in qualsiasi altro modo che riveli l'esistenza del trust, a meno che ciò non sia vietato o incompatibile a norma della legislazione dello Stato nel quale la registrazione deve aver luogo") ha formato oggetto, come è noto, di due contrapposti orientamenti.

Secondo alcuni, invero, dovrebbe escludersi, sulla semplice base del citato art. 12, la trascrizione della qualità di trustee, dal momento che essa violerebbe il principio della tipicità della trascrizione. Più in particolare, si evidenzia come, a norma degli artt. 2643 e 2645 cod. civ., sia bensì consentita la trascrizione anche di atti non esplicitamente menzionati nell'elenco contenuto nell'art. 2643 cod. civ., ma solo quando ta-

li atti producono i medesimi effetti di quelli elencati in tale norma; e dal momento che gli effetti segregativi del trust non sono identici ad alcuno di quelli prodotti dagli atti di cui all'art. 2643 cod. civ., ne rimane inibita ogni forma di pubblicità immobiliare(9).

Secondo l'orientamento oggi assolutamente dominante, invece, il menzionato art. 12 della Convenzione, nel consentire al trustee di "richiedere la iscrizione della sua qualità di trustee o in qualsiasi altro modo [...]", sarebbe da ritenersi a tal fine sufficiente, dal momento che la ratifica della Convenzione avrebbe comportato, di per sé e da sola, l'acquisizione nel sistema di un'altra espressa previsione di trascrizione consentita; con diverse argomentazioni si evidenzia, inoltre, da un lato il superamento del principio di tassatività della trascrizione e, dall'altro, l'analogia esistente fra il trust ed il fondo patrimoniale, con conseguente ammissibilità della trascrizione ai sensi dell'art. 2647 cod. civ.(10).

Note:

(7) Per questa argomentazione v., oltre al provvedimento qui commentato, Trib. Bologna, 1° ottobre 2003 [*supra*, nota 6], in motivazione. Nello stesso senso, v. anche M. Lupoi, *I trust in diritto civile* [*supra*, nota 4], a p. 613, il quale evidenzia che, ad accogliere l'opinione contraria, dovrebbe inaccettabilmente sancirsi un nuovo tipo di incapacità (quella di essere trustee) riguardante i soli cittadini italiani. *Contra*: F. Gazzoni, *Tentativo dell'impossibile* [*supra*, nota 3], a p. 19.

(8) Trib. Bologna, 18 aprile 2000 [*supra*, nota 6]. Conforme: A. Palazzo, *Pubblicità immobiliare ed opponibilità del trust*, in questa Rivista, 2002, 337.

(9) F. Gazzoni, *Il cammello, il leone, il fanciullo e la trascrizione del trust*, Riv. not., 2002, I, 1107, a p. 1112 s., ad avviso del quale, sul piano delle modalità trascrittive, "scrivere nel quadro D che l'acquirente è un trustee determina lo stesso risultato che determinerebbe altra segnalazione che, ad esempio, rendesse pubblico il fatto che egli assomiglia a Van Gogh [...]". In argomento v. anche G. Gallizia, *Trattamento tributario dell'atto dispositivo in un trust di beni immobili*, in questa Rivista, 2001, 147, il quale, sulla base della premessa per cui la trascrizione del trust immobiliare deve avvenire in modo tale che sia il trasferimento al trustee, sia il conseguente vincolo di segregazione, risultino immediatamente visibili dall'esame dei Registri immobiliari (ciò che non avviene se il riferimento al trust è contenuto soltanto nel quadro "D" della nota, giacché le informazioni di detto quadro non risultano dalla visura meccanizzata ma sono oggetto di un semplice richiamo), perviene poi all'opposta conclusione che "il trasferimento di beni al trustee debba essere oggetto di una doppia trascrizione, la prima dal disponente al trustee, la seconda contro il trustee".

(10) In giurisprudenza v., fra le altre, Trib. Verona, 8 gennaio 2003, in questa Rivista, 2003, 409; Trib. Pisa, 22 dicembre 2001 [*supra*, nota 6]; Trib. Bologna, 18 aprile 2000 [*supra*, nota 6]. In dottrina, cfr. A. Gambaro, *Trust e trascrizione* [*supra*, nota 5], a p. 346 s.; Id., *Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV Convenzione dell'Aja*, Riv. dir. civ., 2002, II, 257; A. Palazzo, *Pubblicità immobiliare* [*supra*, nota 8], a p. 337 s.; F. Steidl, *Trascrizione di atti attributivi di beni immobili al trustee - I*, in questa Rivista, 2002, 350; M. L. Cenni, *Trascrizione di atti attributivi di beni immobili al trustee - II*, ivi, 355; G. Gallizia, *Trascrizione di atti attributivi di beni immobili al trustee - III*, ivi, 362. Per un esauriente panorama giurisprudenziale al riguardo, v., altresì, L. Santoro, *I traguardi* [*supra*, nota 6], a p. 1311 s.

S a g g i

Anche sotto il profilo amministrativo, per quanto consta, la maggioranza delle Conservatorie dei Registri immobiliari procede alla segnalazione, nella trascrizione, della qualità di trustee.

§ 3. Compatibilità con il sistema tavolare e modalità dell'iscrizione.

Ammessa ormai per lo più concordemente, come si è visto, la trascrizione del trust interno immobiliare, occorre ora verificare se nel sistema tavolare non sussistano ostacoli capaci di impedire la segnalazione, nel libro fondiario, della qualità di trustee dell'acquirente.

Al riguardo, deve anzitutto evidenziarsi che il limite della "incompatibilità" contenuto nell'art. 12 della Convenzione, sulla cui base – come si è visto – un orientamento minoritario ha affermato l'impossibilità di trascrivere ex art. 2645 cod. civ. perché gli effetti segregativi del trust non sono identici ad alcuno di quelli prodotti dalla pubblicità degli atti di cui all'art. 2643 cod. civ., nel sistema del libro fondiario è già autonomamente previsto dall'art. 12 del R. D. 28 marzo 1929, n. 499 ("l. tav."), dove viene sancita l'inapplicabilità in ambito tavolare delle "norme del codice civile e delle altre leggi che sono incompatibili con le norme del presente decreto". Com'è stato autorevolmente osservato, la reale portata del limite di incompatibilità previsto dal citato art. 12 del R. D. 28 marzo 1929, n. 499 risulta chiarita dalla disposizione di chiusura contenuta nel successivo II comma ("Tutti i richiami di leggi o decreti a trascrizioni, iscrizioni o annotazioni nei registri immobiliari si intendono riferiti alle corrispondenti intavolazioni, iscrizioni o annotazioni previste dalla legge sui libri fondiari [...] in quanto non vi osti la diversa natura delle iscrizioni"), dalla quale si ricava che il principio generale in materia è quello della piena estendibilità al sistema tavolare di tutte le norme di diritto comune, previste per la pubblicità dei registri immobiliari, "sempre che non vi osti la diversa natura delle iscrizioni"(11).

Ora, dal momento che l'orientamento ormai assolutamente prevalente considera, come si è visto, che la legge di ratifica della Convenzione abbia comportato l'acquisizione nel sistema di un'altra espressa previsione di trascrizione consentita, altrettanto deve ritenersi per il sistema tavolare, dove il problema che deve quindi porsi non è quello della possibilità o no di rendere pubblico nel libro fondiario l'acquisto del trustee, ma quello di vedere quale tipo di segnalazione debba all'uopo eseguirsi. In altri termini, una

volta che si ritiene, come ha correttamente ritenuto anche il provvedimento qui commentato, che nel nostro ordinamento la legge di ratifica abbia introdotto, con l'art. 12 della Convenzione, una nuova fattispecie suscettibile di pubblicità e che mancano disposizioni espresse che configurino un divieto di rendere pubblico il trust, occorre verificare come debba in concreto segnalarsi nel libro fondiario la vicenda che ci riguarda.

A tale proposito, assume decisivo rilievo una fondamentale norma della legge tavolare, ed in particolare l'art. 20, lett. h), secondo cui qualsiasi atto o fatto che, secondo il sistema di diritto comune può formare oggetto di trascrizione, deve formare, nel libro fondiario, oggetto di annotazione o, trattandosi di fattispecie produttiva di vicende di diritti reali, di intavolazione(12).

Ed allora, dal momento che con il trust immobiliare si verifica certamente, in favore del trustee, un trasferimento della proprietà ad opera del disponente, non pare revocabile in dubbio che in tal caso debba eseguirsi un'intavolazione.

Il dubbio, semmai, è se da tale intavolazione debba direttamente risultare la qualità di trustee dell'acquirente oppure se tale qualità debba essere invece evidenziata da un'autonoma annotazione che accompagni l'intavolazione del diritto di proprietà.

La risposta a tale interrogativo dipende, a mio avviso, dalla natura del diritto che si ritiene venga acquistato dal trustee.

Ove si acceda all'orientamento oggi prevalente, secondo cui ciò che il trustee acquista altro non è se non l'ordinario diritto di proprietà previsto dall'art.

Note:

(11) G. Gabrielli, *sub* art. 12, in G. Gabrielli - F. Tommaseo, *Commentario della legge tavolare*, Milano, 1999, p. 82.

(12) Si tratta di una norma di chiusura, diretta a garantire omogeneità fra i due sistemi pubblicitari, nel senso che ciò che forma oggetto di trascrizione deve formare oggetto, nel libro fondiario, o di annotazione o di intavolazione. Regime tavolare e regime della trascrizione debbono quindi avere, pur nella profonda diversità degli strumenti tecnici, una sfera di applicazione tendenzialmente uguale. In argomento, v. M. Dolzani, *Il trust nel sistema pubblicitario del libro fondiario*, in questa Rivista, 2003, 567, secondo cui la lettera di tale norma escluderebbe, una volta superato con esito favorevole l'esame di compatibilità, la necessità dell'ulteriore verifica, prevista invece dall'art. 2645 cod. civ., secondo cui la pubblicità di atti diversi da quelli elencati dall'art. 2643 cod. civ. è consentita solo ove quelli producano "i medesimi effetti" di questi ultimi; il che, secondo l'a., consentirebbe di ritenere che "a rigore, l'eccezione mossa da quella parte della dottrina che ricorda come la regola dell'art. 2645 impedisce comunque la pubblicità per gli atti che producono effetti diversi rispetto a quelli indicati nell'art. 2643, non è pertinente per il regime tavolare".

832 cod. civ.(13), appare inevitabile dovere procedere alla doppia segnalazione pubblicitaria: l'intavolazione dell'ordinario diritto di proprietà a nome dell'acquirente ed un'autonoma annotazione, da eseguirsi nel foglio "B" della proprietà, la quale evidenzia la qualità di trustee(14).

Qualora invece si condivida l'idea che gli artt. 2 e 11 della Convenzione abbiano introdotto nel nostro ordinamento una nuova forma di proprietà, qualificata e finalizzata nel senso che i beni conferiti in trust non entrano nel patrimonio del trustee se non per la realizzazione dello scopo indicato dal disponente e col fine specifico di restare separati dai suoi averi (15), l'intavolazione nel libro fondiario potrebbe invece direttamente segnalare la qualità di trustee dell'acquirente, rendendo così di immediata evidenza la particolarità del diritto reale trasferito in capo a quest'ultimo.

Certamente da escludersi, invece, è la compatibilità con il sistema tavolare dell'art. 3 della Convenzione, nella parte in cui si limita a richiedere, per il suo riconoscimento, che il trust sia "comprovato per iscritto". Ed invero, analogamente a quanto accade nel sistema della trascrizione in forza dell'art. 2657 cod. civ., la legge tavolare esige espressamente, e senza possibilità di eccezioni, che, quando un'iscrizione venga richiesta sulla base di un titolo negoziale, esso deve risultare documentato nelle forme dell'atto pubblico oppure della scrittura privata autenticata o giudizialmente accertata (artt. 31 s., l. tav.).

§ 4. Necessità di allegare alla domanda tavolare l'atto istitutivo del trust; inapplicabilità dell'art. 94 bis l. tav.

Una volta ammessa la possibilità di iscrivere nel libro fondiario l'acquisto a nome del trustee, prima di valutare quali effetti siano da riconnettere a tale iscrizione, appare opportuno evidenziare alcune particolarità riguardanti il procedimento in affari tavolari diretto a realizzare l'iscrizione in questione.

In tale ottica, deve in primo luogo ritenersi sussistente, in capo a colui che richiede l'iscrizione del diritto nel libro fondiario sulla base dell'atto di trasferimento, l'onere di allegare alla domanda tavolare l'atto istitutivo del trust in tutti i casi in cui lo stesso non sia incorporato nel medesimo documento che contiene l'atto dispositivo(16).

Occorre invero considerare che, com'è noto, il sistema tavolare è retto dal principio di legalità, in for-

za del quale ogni iscrizione nel libro fondiario deve necessariamente costituire l'esito di un procedimento davanti al giudice tavolare (art. 102, I comma l. tav.), e che ogni iscrizione è dallo stesso giudice accordata con apposito decreto solo dopo la verifica, a norma degli artt. 26, 27 e 94 l. tav., della sussistenza di tutti i requisiti sia formali che sostanziali del titolo. In particolare, il giudice tavolare non deve limitarsi, come deve di regola il Conservatore dei Registri Immobiliari, al mero controllo formale della regolarità dell'atto, ma deve altresì verificare, fra l'altro, che l'atto, quando si tratta dell'acquisto o della modificazione di un diritto tavolare, contenga una "valida causa" (art. 26, II comma l. tav.)(17).

A tale riguardo, è stato autorevolmente dimostrato che la causa del negozio dispositivo con il qua-

Note:

(13) M. Lupoi, *Trusts*, II ed., Milano, 2001, p. 291 s. e p. 303 s.; Id., *Lettera* [supra, nota 3], a p. 1163 s.; S. Bartoli, *Il Trust*, Milano, 2001, p. 98; G. Palermo, *Sulla riconducibilità del "trust interno" alle categorie civiliistiche*, Riv. dir. comm., 2000, I, 133, a p. 152; A. Palazzo, *Pubblicità immobiliare* [supra, nota 8], a p. 337.

(14) In tal senso v. M. Dolzani, *Il trust nel sistema pubblicitario* [supra, nota 12], a p. 567 s.; Id., "Trust" immobiliare in regime tavolare, Riv. not., 2002, 1559, a p. 1562. Nello stesso senso si è recentemente pronunciato il Giudice Tavolare del Tribunale di Trento, Sezione Distaccata di Cles, 7 aprile 2005, in questa Rivista, 2005, 406, il quale ha disposto l'intavolazione del diritto di proprietà in favore dell'acquirente e l'annotazione, a carico dell'immobile acquistato, della "costituzione in trust ai sensi dell'art. 11 della L. 368/89 e dell'atto istitutivo di trust".

(15) Così Trib. Bologna, 1° ottobre 2003 [supra, nota 6], a p. 1314 s. In argomento, v. anche le annotazioni adesive di A. Tonelli, *Nota a Trib. Bologna 1° ottobre 2003 n. 4545 (sulla validità ed efficacia dei "trust interni")*, Riv. not., 2003, 1653.

(16) È invero frequente, nella prassi negoziale, addivenire alla istituzione del trust mediante la stipulazione di due atti distinti, incorporati in altrettanti documenti: il negozio istitutivo, nel quale sono contenute le regole del trust e ne viene enunciato lo scopo, ed il negozio dispositivo, con il quale vengono trasferiti beni al trustee. Quanto alla natura di tali atti, all'orientamento secondo cui l'atto istitutivo altro non sarebbe se non "un negozio, essenzialmente unilaterale, in forza del quale il disponente enuncia al trustee la finalità dell'affidamento e ne enuncia le regole di base: la durata, i poteri del trustee, i beneficiari" (M. Lupoi, *I trust in diritto civile* [supra, nota 4], a p. 609) si contrappone chi, sulla base della constatazione per cui il trustee assume obbligazioni (ottemperare alle disposizioni del negozio istitutivo e corrispondere ai beneficiari quanto loro dovuto), oltre che l'eventuale diritto al compenso, preferisce riconoscere natura contrattuale all'atto in questione (G. De Nova, *Trust* [supra, nota 4], a p. 162 s.).

(17) Sul contenuto del potere di controllo del giudice tavolare, v. G. Gabrielli - F. Tommaseo, *Commentario della legge tavolare* [supra, nota 11], p. 379 s. e p. 714 s. L'attribuzione al giudice del compito di accertare la legalità della richiesta segnalazione pubblicitaria si riconnette, con tutta evidenza, all'effetto sostanziale della pubblica fede sull'esistenza della vicenda che forma oggetto dell'iscrizione, nel senso che ciò che appare nel libro fondiario si presume corrispondente all'effettivo diritto sostanziale.

Saggi

le è stabilito il trasferimento del bene in favore del trustee risiede nell'attuazione dello scopo del trust, alla quale la stessa attribuzione è funzionale⁽¹⁸⁾: ed allora, se la causa dell'atto dispositivo è da rinvenirsi nel collegato negozio istitutivo del trust, la mancata allegazione di quest'ultimo alla domanda tavolare comporterà l'impossibilità per il giudice tavolare di riscontrare la sussistenza della "valida causa" in ordine alla richiesta segnalazione della qualità di trustee, con conseguente rigetto della domanda stessa⁽¹⁹⁾.

Sempre sotto il profilo del procedimento in affari tavolari, deve poi a mio avviso escludersi, nel caso in cui il trustee sia una persona fisica, l'applicabilità dell'art. 94 bis l. tav., secondo cui "La domanda di iscrizione dell'acquisto di un diritto al nome del solo acquirente non è giustificata se dal titolo o da altri documenti non risulta lo stato libero dell'acquirente o l'esclusione del diritto dalla comunione dei beni coniugati". A tale proposito, è noto invero che, attraverso il rigido meccanismo dell'imposizione degli oneri previsti dagli artt. 33 bis, 84, III comma e 94 bis l. tav., il legislatore in materia tavolare si è proposto di conseguire il risultato della massima corrispondenza possibile fra segnalazioni pubblicitarie e reale condizione giuridica dei beni, nel senso che l'iscrizione in favore di una singola persona fisica possa essere ordinata solo quando sia offerta dal richiedente idonea prova documentale di non essere assoggettato al regime della comunione legale⁽²⁰⁾.

Poiché però l'art. 11 della Convenzione prevede, fra l'altro, che "i beni del trust non facciano parte del regime matrimoniale [...] del trustee", e poiché a tale norma deve attribuirsi, come si è visto poc'anzi, natura sostanziale, deve conseguentemente affermarsi l'irrelevanza *a priori* della circostanza che la persona fisica del trustee sia eventualmente coniugata in regime di comunione legale, giacché il bene trasferito dal disponente in attuazione del programma contenuto nell'atto istitutivo risulta in ogni caso escluso *ex lege* dalla comunione. Se così è, l'iscrizione richiesta deve essere accordata in favore della persona fisica del trustee indipendentemente da ogni allegazione documentale riguardante il regime di comunione o la sua esclusione.

§ 5. Effetti dell'iscrizione.

Il riconoscimento della natura di norma sostanziale uniforme all'art. 11 della Convenzione com-

porta altresì la necessità di ritenere che l'iscrizione del diritto in favore del trustee produca pienamente l'opponibilità ai terzi dell'effetto segregativo proprio dell'istituto in questione, con conseguente impossibilità, per i creditori personali di quest'ultimo, di agire sui beni che costituiscono l'oggetto del trust.

A tale proposito, nel sistema tavolare la segregazione sembra potere operare, a differenza di quanto accade in regime di trascrizione, in modo talmente efficace da precludere "a monte" addirittura la necessità, per il soggetto interessato, di ricorrere all'opposizione all'esecuzione qualora un creditore personale abbia iscritto un'ipoteca giudiziale o agito in sede

Note:

(18) G. De Nova, Trust [*supra*, nota 4], a p. 168, il quale precisa che non si tratta di rinvenire una causa esterna, allo stesso modo in cui non si ricorre alla nozione di causa esterna nell'ipotesi di stipulazione di negozi attuativi di una transazione; in senso conforme v., di recente, F. Di Ciommo, Ammissibilità del trust interno [*supra*, nota 4], a p. 1296 s.; G. Galizia, Trattamento tributario dell'atto dispositivo in un trust di beni immobili, in questa Rivista, 2001, 147. In senso contrario, v. Trib. Belluno, 25 settembre 2002 [*supra*, nota 3], secondo cui "poiché la causa dell'attribuzione patrimoniale in favore del trustee risulta esterna al negozio traslativo - essendo individuata nello scopo del trust o nella finalità di gestione-amministrazione cui il trustee è tenuto in favore dei beneficiari - l'atto in esame si configura dunque come negozio astratto di trasferimento", inammissibile secondo i principi. La qualificazione in termini di negozio astratto di trasferimento, con conseguente nullità dell'atto di trasferimento dei beni dal disponente al trustee viene apertamente criticata da Trib. Bologna, 1° ottobre 2003 [*supra*, nota 6], "sia perché, anche secondo la più recente lettura dottrinale degli artt. 1324 e 1322 c.c. (che sembra ammettere la costituzione di atti unilaterali atipici) la configurabilità di negozi traslativi atipici, purché sorretti da causa lecita, trova fondamento nello stesso principio di autonomia contrattuale posto dall'art. 1322, 2° comma, c.c. (così Cass., 9 ottobre 1991, n. 10612), sia (e soprattutto) perché la causa del trasferimento, che è ben lungi dall'essere "astratto", si deve rinvenire nel collegato negozio istitutivo di trust (che si concretizza nei suoi scopi proprio attraverso il predetto trasferimento), per il quale la meritevolezza degli interessi realizzati è stata *ex lege* sancita dalla Convenzione dell'Aja del 1985 e dalla disciplina legislativa che ne ha dato esecuzione". Nel caso sottoposto al Tribunale di Belluno, tuttavia, risulta dalla motivazione che il richiedente aveva ommesso di allegare alla domanda tavolare l'atto istitutivo del trust; sicché la decisione adottata appare, sotto questo limitato profilo, corretta. Per l'affermazione dell'idoneità causale, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1322 e 1324 c.c., anche di un atto unilaterale dei beni nel trust *fund*, quando segue ad una vicenda istitutiva di cui il trustee sia stato parte, v. F. Di Ciommo, Ammissibilità del trust interno [*supra*, nota 4], a p. 1296 s., il quale ritiene che "dal 1992 è stato introdotto per legge in Italia uno schema negoziale che, in mancanza di disposizioni contrarie, si deve ritenere possa serenamente svilupparsi attraverso una sequenza di atti, anche atipici, la quale è di per sé dotata di una valida struttura causale".

(19) Nello stesso senso v. M. Dolzani, "Trust" immobiliare in regime tavolare [*supra*, nota 14], a p. 1562, secondo cui "corretto sembra pertanto il rilievo secondo cui il giudice tavolare richiesto di procedere alle formalità pubblicitarie a seguito di un trust immobiliare dovrà previamente verificare l'esistenza del trust, la sua validità e l'immunità del titolo da vizi che ne possano menomare l'efficacia".

(20) Cfr. F. Tommaso, *sub* art. 94 bis, in G. Gabrielli - F. Tommaso, Commentario della legge tavolare [*supra*, nota 11], p. 731.

cautelare od esecutiva su un bene oggetto del *trust fund*.

Ed invero, nel libro fondiario il principio di continuità, stabilito dagli artt. 21 e 22 l. tav., opera in maniera assai più intensa di quanto accade nel sistema della trascrizione a norma dell'art. 2650 cod. civ.: mentre qui la segnalazione pubblicitaria può eseguirsi in ogni caso (salva l'inefficacia), nel sistema tavolare nessuna iscrizione può eseguirsi a carico di un soggetto se e finché non ne sussista altra, che la giustifichi, in suo favore(21). Ciò comporta, a mio avviso e come ha ritenuto anche il provvedimento qui commentato, che, una volta iscritto l'acquisto in favore del "trustee Tizio", le eventuali e future iscrizioni pregiudizievoli possono essere accolte dal giudice tavolare solo se richieste contro il "trustee Tizio" ed in forza di un titolo dal corrispondente tenore, mentre ove venissero richieste contro la persona fisica Tizio dovrebbero essere rigettate. Appare quindi possibile ritenere che il giudice tavolare abbia il potere, rigettando la domanda proposta da un creditore personale del trustee, avente per oggetto l'iscrizione di un'ipoteca giudiziale o l'annotazione di un sequestro o di un pignoramento, di dare piena e preventiva attuazione all'effetto segregativo.

Sempre in forza del principio di continuità, inteso nell'accezione rigida di cui sopra, il giudice tavolare dovrà poi ovviamente rigettare, una volta iscritto il diritto a nome del trustee, qualsiasi domanda di iscrizione proveniente da un creditore o da un avente causa dal disponente.

Ciò posto, resta però ora da stabilire se l'iscrizione del diritto in favore del trustee sia suscettibile di produrre conseguenze ulteriori. Il problema riguarda, in particolare, la possibilità di segnalare nel libro fondiario, ed eventualmente di opporre ai terzi, gli eventuali limiti, imposti dal disponente nell'atto istitutivo, al potere di disposizione del trustee sui beni oggetto del *trust fund*(22).

La risposta a tale interrogativo dipende, com'è evidente, dalla natura giuridica del diritto che si ritiene acquistato dal trustee.

Secondo l'orientamento oggi dominante, come si è visto più sopra, il trustee altro non acquista se non l'ordinario e pieno diritto di proprietà previsto dall'art. 832 cod. civ., mentre i vincoli posti a suo carico sono tutti esclusivamente di natura obbligatoria, di regola nei confronti dei beneficiari del *trust*(23); se si accoglie tale impostazione, certamente non vi è

spazio per alcuna pubblicità, nemmeno nella forma dell'annotazione, nel libro fondiario per i limiti eventualmente previsti nell'atto istitutivo, e l'atto di disposizione compiuto dal trustee infedele deve considerarsi pienamente valido ed efficace, salva la responsabilità risarcitoria del trustee ed al caso del terzo acquirente, ove venisse dimostrata la sua malafede(24).

Ove invece si acceda alla tesi, la cui fondatezza non è però possibile approfondire in questa sede, secondo cui gli artt. 2 e 11 della Convenzione avrebbero introdotto nel nostro ordinamento una nuova forma di proprietà, il cui esercizio da parte del trustee è da intendersi limitato a quanto indicato nell'atto

Note:

(21) G. Gabrielli, *sub* artt. 21-22, in G. Gabrielli - F. Tommaseo, Commentario della legge tavolare [*supra*, nota 11], p. 369.

(22) È del tutto pacifico, a tale proposito, che la sorte dei diritti acquistati dai terzi in forza di atti compiuti dal trustee infedele debba essere valutata alla stregua delle nostre regole giacché sottratta all'imperio della legge straniera prescelta dal disponente: ciò emerge espressamente dalla disposizione dell'art. 11, lett. d), della Convenzione, nella parte in cui stabilisce che "gli obblighi di un terzo possessore dei beni del *trust* rimangono soggetti alla legge fissata dalle regole di conflitto del foro"; in argomento, v. R. Montinaro, *Trust* [*supra*, nota 4], p. 311 s. Del tutto inapplicabili sono pertanto i rimedi previsti negli ordinamenti di origine del *trust*, nei quali il beneficiario può giudizialmente ottenere che sul donatario o sul compratore di malafede dal trustee infedele siano imposte tutte le obbligazioni previste dall'atto istitutivo a carico del trustee: cfr. M. Lupoi, Lettera [*supra*, nota 3], a p. 1163 s.; F. Di Ciommo, Per una teoria negoziale [*supra*, nota 4], a p. 638 s.

(23) V. *supra*, nota 13. A sostegno di tale impostazione si trova da taluno citata la sentenza della Corte di Giustizia CE, 17 maggio 1994, C-294/92, George Lawrence Webb c. Lawrence Desmond Webb, Corriere giur., 1995, 192; in questa Rivista, 2004, 112, la quale, però, oltre a non riferirsi alla Convenzione de L'Aja (ma a quella di Bruxelles del 27 settembre 1968, concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale), non risulta avere affermato la natura personale della azione proposta dal beneficiario contro il trustee, bensì che l'azione del disponente volta a far constatare che una persona detiene un bene immobile in qualità di trustee e ad ottenere che le sia ingiunto di compiere gli atti necessari affinché il disponente stesso diventi titolare della *legal ownership* non è un'azione reale ai sensi della citata Convenzione.

(24) In tal senso v. F. Steidl, *Trascrizione* [*supra*, nota 10], a p. 350; M. Dolzani, "Trust" immobiliare in regime tavolare [*supra*, nota 14], a p. 1561, il quale conclude che "pretendere di dover iscrivere nel Libro Fondiario anche i limiti di amministrazione del trustee, o negare ospitalità alla relativa pubblicità ove detti limiti non vengano evidenziati, è sostenere qualche cosa che la Legge non prevede né tanto meno consente". In argomento, cfr. altresì M. Lupoi, Lettera [*supra*, nota 3], a p. 1164, secondo cui la pubblicità non è idonea ad evitare gli abusi del trustee, esistendo all'uopo meccanismi diversi: "uno il trustee se lo sceglie e se lo sceglie con ogni cura, specialmente se dovrà operare anche dopo la sua morte; se non è proprio sicuro, ne sceglie due o tre che agiscano sempre congiuntamente; se lo ritiene opportuno, affianca loro un "guardiano", con il potere di vietare atti dispositivi", mentre nello specifico campo del *trust* immobiliare una ulteriore garanzia per il disponente è data dalla necessità del ministero notarile per gli atti di disposizione.

S a g g i

istitutivo(25), e dunque che il potere di disposizione del trustee stesso è circoscritto a quanto consentitogli dal disponente, potrebbe allora sostenersi che i limiti in questione debbano risultare dall'iscrizione oppure, come è consentito dall'art. 5 l. tav., che gli stessi siano richiamati in sede di iscrizione mediante analitico rimando alle singole disposizioni dell'atto istitutivo del trust nelle quali essi sono contemplati. In tal caso, l'eventuale atto di disposizione compiuto dal trustee infedele – ammesso che superi il vaglio notarile in punto di sussistenza del potere di disposizione – non potrà essere intavolato, poiché il giudice dovrà negare l'iscrizione una volta rilevata la mancanza, ex art. 94, n. 2 l. tav., del potere di disposizione in capo al trustee in ordine al negozio concretamente posto in essere.

Pur non essendo questa, come avvertito, la sede per approfondire l'impostazione appena richiamata, può tuttavia segnalarsi che l'accoglimento della stessa, implicando il riconoscimento dell'esistenza di un diritto reale atipico in favore del trustee, il cui contenuto viene di volta in volta conformato dall'atto istitutivo, imporrebbe una attenta verifica della possibilità stessa di intavolare in favore del trustee: posto, invero, che l'art. 8, n. 1, l. tav., prevede che le intavolazioni possono riguardare esclusivamente vicende di diritti tavolari, e posto che questi ultimi sono espressamente (e tassativamente) elencati dal successivo art. 9, l'intavolazione di un diritto non contemplato dall'art. 9 si porrebbe in contrasto con il principio di tipicità delle iscrizioni, a meno che non si vogliano configurare le limitazioni imposte al trustee dall'atto istitutivo come altrettante modificazioni del diritto di proprietà, come tali rientranti nella previsione del citato art. 8 l. tav.

§ 6. Il trust auto-dichiarato e la sua pubblicità tavolare.

Un cenno a parte si rende ora necessario per il cosiddetto trust auto-dichiarato, dal momento che il provvedimento qui commentato, pur senza soffermarsi specificamente su tale aspetto, ne ha riconosciuto l'annotabilità nel libro fondiario.

Come è noto, la fattispecie in questione presenta la peculiarità per cui disponente e trustee coincidono: un soggetto si auto-dichiara unilateralmente trustee di uno o più beni propri nell'interesse di un beneficiario determinato, con la conseguenza che – senza che si verifichi alcun trasferimento di ricchezza

– i beni che formano oggetto del trust vengono “segregati” e, dunque, diventano non aggredibili dai creditori del soggetto in questione se non dopo il vittorioso esperimento dell'azione revocatoria avverso l'atto istitutivo.

A tale riguardo, la prevalente giurisprudenza – senza peraltro soffermarsi sul profilo della validità della peculiare fattispecie – si è dimostrata favorevole alla trascrivibilità dell'atto istitutivo del trust in questione sulla base dell'art. 12 della Convenzione e della ritenuta analogia esistente con il fondo patrimoniale, trascrivibile ex art. 2647 cod. civ.(26). Tale orientamento ha riscosso favore in dottrina, evidenziandosi come la auto-segregazione che si produce con il trust di cui si tratta non presenta differenze con le ipotesi del fondo patrimoniale costituito da entrambi i coniugi e del “patrimonio destinato in via esclusiva ad uno specifico affare” costituito a norma dell'art. 2447 bis cod. civ.(27).

Ove si ritenesse di accogliere tale opinione, sotto

Note:

(25) V. *supra*, nota 15. In proposito, cfr. altresì M. L. Cenni, *Trascrizione [supra, nota 10]*, a p. 355 s., secondo cui i vincoli imposti al trustee, ai quali si dà pubblicità con la trascrizione, non sarebbero vincoli consensuali ed obbligatori ma sono vincoli che nascono dalla legge ed in particolare dagli artt. 11 e 2 della Convenzione de L'Aja, e che presentano il carattere della realtà, in quanto ineriscono direttamente ai beni in trust con efficacia nei confronti di tutti. A sostegno dell'opinione viene citato l'art. 11, lettera d), della Convenzione, il quale, prevedendo “che la rivendicazione dei beni del trust sia permessa qualora il trustee, in violazione degli obblighi derivanti dal trust, abbia confuso i beni del trust con i suoi [...]”, sembrerebbe riferirsi ad una situazione connotata da caratteri di realtà. A tale riguardo, appare però difficilmente immaginabile che in campo immobiliare possa configurarsi una “confusione”, ad opera del trustee, fra i beni propri e quelli che costituiscono l'oggetto del trust.

(26) Trib. Pisa, 22 dicembre 2001 [*supra*, nota 6]; Trib. Milano, 8-29 ottobre 2002, in questa Rivista, 2003, 270; Trib. Verona, 8 gennaio 2003 [*supra*, nota 10]; Trib. Parma, 21 ottobre 2003, Riv. not., 2004, 565; in questa Rivista, 2004, 73. In senso contrario, v. Trib. Napoli, 1° ottobre 2003, *ivi*, 74.

(27) In tal senso, v. M. Lupoi, *I trust in diritto civile [supra, nota 4]*, a p. 614; *Id.*, *Osservazioni [supra, nota 2]*, a p. 569 s.; P. Manes, *Trust [supra, nota 5]*, a p. 570 s.; in argomento, v. altresì M. L. Cenni, *Trust e fondo patrimoniale*, in questa Rivista, 2001, 523, a p. 527 s. In proposito, può tuttavia apparire dubbia, come si dirà subito nel testo, l'analogia con il fondo patrimoniale. Del pari, con riguardo all'ipotesi di cui all'art. 2447 bis cod. civ., può constatarsi che la società può costituire un patrimonio destinato non liberamente, come avverrebbe invece qualora si auto-dichiarasse trustee, ma con diversi limiti (per esempio quello previsto dal III comma dello stesso art. 2447 bis, per il quale il patrimonio separato non può essere costituito “per un valore superiore al dieci per cento del patrimonio netto della società”), e che l'effetto “segregativo” si verifica soltanto dopo il decorso del termine di sessanta giorni senza che i creditori sociali abbiano proposto opposizione (artt. 2447 quater e 2447 quinquies cod. civ.): appare pertanto assai dubbia l'analogia con il trust auto-dichiarato, al quale i creditori possono opporsi solo con l'azione revocatoria, e non certo preventivamente come nel caso del patrimonio separato contemplato dalle norme citate.

il profilo tavolare sarebbe allora da condividere il provvedimento qui commentato anche nella parte in cui dispone l'annotazione, da eseguirsi nel foglio "B", della istituzione del trust, non potendosi certamente pensare ad un'intavolazione, dal momento che nella fattispecie in questione non si verifica alcun trasferimento di diritti reali immobiliari.

Non può peraltro fare a meno di osservarsi, al riguardo, che appare quantomeno dubbio che il trust auto-dichiarato possa considerarsi compreso nella Convenzione de L'Aja: invero, la norma dell'art. 2 sembra presupporre tanto che disponente e trustee siano soggetti distinti, con un assai limitato potere di ingerenza del primo sul secondo, quanto che intercorra fra i due un atto traslativo di beni(28); così risulta anche dall'art. 11, lett. d), giacché la rivendicazione prevista da tale disposizione nell'ipotesi in cui il trustee "abbia confuso i beni del trust con i suoi" appare incompatibile con la presenza di un unico soggetto nella doppia veste di disponente e di trustee e con la mancanza di un atto di disposizione dell'uno in favore dell'altro(29).

Se però il trust auto-dichiarato non rientra nell'ambito della Convenzione, deve ritenersi venire meno anche la fonte legislativa della segregazione patrimoniale (individuata, come si è visto più sopra, negli artt. 2 e 11 della Convenzione stessa), con conseguente emersione del contrasto con il principio posto dall'art. 2740 cod. civ., il quale non può a mio avviso superarsi ricorrendo alla (peraltro dubbia) analogia con il fondo patrimoniale costituito da entrambi i coniugi(30); senza considerare, inoltre, che la trascrizione o l'annotazione tavolare nel caso del fondo patrimoniale non produce, secondo l'opinione assolutamente dominante, alcun effetto specifico se non quello generale di pubblicità-notizia, restando riservato il ruolo di condizione di opponibilità alla sola annotazione nei registri di matrimonio imposta in concorso dalla norma dell'art. 162, ultimo comma cod. civ.(31).

Appare perciò plausibile sostenere che il giudice tavolare, richiesto di annotare un trust auto-dichiarato, debba respingere la domanda nell'esercizio del potere di controllo a lui demandato dall'art. 26 l. tav., e non invece disporre l'annotazione, come è avvenuto con il provvedimento qui commentato.

Note:

(28) V. Trib. Napoli, 1° ottobre 2003 [*supra*, nota 26]; F. Di Ciommo, Ammissibilità del trust interno [*supra*, nota 4], a p. 1299.

(29) Secondo M. Lupoi, Osservazioni [*supra*, nota 2], a p. 572, invece, non assumerebbe rilevanza l'alterità fra i due soggetti per il motivo che anche nel trust auto-dichiarato è presente il dato strutturale di qualsiasi trust: "il trustee assume obbligazioni non verso il disponente, ma unicamente verso i beneficiari o (nei trust senza beneficiari) verso lo scopo del trust". A mio modesto avviso tale osservazione, sebbene certamente esatta, non appare sufficiente a superare il dato letterale che emerge dalla Convenzione.

(30) Per l'evidenziazione delle molteplici differenze, sia strutturali che operative, intercorrenti fra trust e fondo patrimoniale, v. L. Ragazzini, Trust [*supra*, nota 3], a p. 287 s.

(31) Con riguardo alla trascrizione *ex art.* 2647 cod. civ., v. G. Gabrielli - A. Zaccaria, *sub artt.* 2647 e 2685, in Aa. Vv., Commentario al diritto italiano della famiglia, V, Padova, 1992, 363; L. Ferri - P. Zanelli, Della trascrizione, *sub art.* 2647, in A. Scialoja - G. Branca (curr.), Comm. del cod. civ., Bologna-Roma, 1995, 230; F. Padovini, voce "Trascrizione", Noviss. Dig. It., App. VII, n. 2, Torino, 1987, 800, a p. 802; G. Cian, Sulla pubblicità del regime patrimoniale della famiglia, una revisione che si impone, Riv. dir. civ., 1976, I, 33; A. Zaccaria, La pubblicità del regime patrimoniale della famiglia. III. Ipoteche - Intavolazione, Riv. dir. civ., 1985, II, 386. In giurisprudenza, cfr. Cass., 1° ottobre 1999, n. 10859, Vita not., 1999, 1433; Cass., 19 novembre 1999, n. 12864, *ivi*, 1433; Trib. Milano, 5 novembre 1990, Giur. it., 1993, I, 2, 470; Trib. Latina, 17 marzo 1988, Dir. famiglia, 1989, 130; App. Roma, 28 novembre 1983, Vita not., 1984, 1586; Trib. Napoli, 17 febbraio 1982, Vita not., 1982, 1275; Trib. Roma, 6 novembre 1980, Foro it., 1981, I, 1436. A proposito dell'annotazione prevista dall'art. 19, lett. a) l. tav., v. G. Gabrielli - L. Sampietro, Commento all'art. 1 della l. 8 agosto 1977, n. 574 (modifiche al regio decreto 28 marzo 1929 n. 499 per il coordinamento con la legge 19 maggio 1975 n. 151 sul nuovo diritto di famiglia), Nuove leggi civ., 1978, 239; G. Gabrielli - F. Tommaseo, Commentario della legge tavolare [*supra*, nota 11], p. 332; G. Gabrielli - A. Zaccaria, Riforma del diritto di famiglia e pubblicità tavolare, in Aa. Vv., Commentario [*supra*, in questa nota], 420. Merita tuttavia segnalare, poi, che secondo taluno (D. Feola, La pubblicità del regime patrimoniale dei coniugi, in Trattato del dir. fam., diretto da G. Bonilini e G. Cattaneo, II, Torino, 1997, 434), invece, poiché dalla disposizione dell'ultimo comma dell'art. 19 l. tav. risulta che l'annotazione del fondo patrimoniale è imposta al fine di rendere opponibile il vincolo da parte delle "persone che avevano l'obbligo di farla eseguire o dai loro eredi", dovrebbe ritenersi che per i fondi patrimoniali costituiti da beni immobili siti nelle regioni ove vige il sistema tavolare non sia sufficiente - al fine di opporre ai terzi il vincolo di inalienabilità e impignorabilità che grava sui beni del fondo - la sola annotazione a margine dell'atto di matrimonio della convenzione costitutiva. A tale riguardo, sembra però di potere affermare che la disposizione dell'ultimo comma dell'art. 19 - inserita dall'art. 26 della legge 29 ottobre 1974, n. 594, quando esisteva ancora l'istituto del patrimonio familiare (sostituito con il fondo patrimoniale dalla riforma del 1975), alla cui segnalazione pubblicitaria si assegnava, anche nel sistema della trascrizione, la funzione di condizione di opponibilità a terzi (v. R. Nicolò, La trascrizione - Appunti dal corso di dir. civ., II, Milano, 1973, p. 79 s.) - sia stata implicitamente abrogata per incompatibilità dalla disposizione della lettera a), successivamente inserita con l'art. 1 della legge 8 agosto 1977, n. 574, la quale ha reso evidente la volontà del legislatore - espressa anche nella Relazione al disegno di legge n. 295 (presentato il 10 agosto 1976, Atti parlamentari, 4) - di non assegnare alla trascrizione, e di conseguenza alla annotazione, del vincolo alcun effetto specifico.

Tutela penale dei creditori del disponente

Italia – Corte di Cassazione

Trust – trasferimento di proprietà al trustee – titolo giudiziale di condanna del disponente al pagamento di somme – insussistenza del reato di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice

Corte di Cassazione, VI Sezione Penale, R. Fulgenzi, Pres., G. Colla, Rel., G. Ambrosini, L. Deriu, F. Gramendola, 18 dicembre 2004 [V. G., E. B., D. B., D. F. e B. B.]

Ricorre il reato di cui all'art. 388 cod. pen. quando il disponente trasferisce la proprietà di beni al trustee così rendendoli non più soggetti all'azione esecutiva dei creditori muniti di titolo giudiziale (la Corte ha dato atto che il disponente aveva istituito un trust interno, sottoposto alla legge inglese, avvalendosi della Convenzione de L'Aja e non ha posto in dubbio la validità del trust).

Testo della Sentenza

SENTENZA

sul ricorso proposto da V. G., E. B., D. B., D. F. e B. B., avverso l'ordinanza del 5 febbraio 2004 del Tribunale di Torino;

udita la relazione fatta dal Consigliere dott. Giorgio Colla;

udito il Procuratore generale nella persona del sostituto dott. Giuseppe Veneziano, che ha concluso per il rigetto dei ricorsi.

FATTO E DIRITTO

I ricorrenti indicati in epigrafe sono destinatari, quali debitori, di un lodo arbitrale, depositato il 19 novembre 2003 e dichiarato esecutivo con decreto del Tribunale di Torino del 5 dicembre 2003, col quale, a seguito del loro inadempimento di un contratto preliminare di vendita, quali promissari acquirenti, del 47 per cento delle quote della S.r.l. ... (per un importo di 5 miliardi di lire, oltre 520 milioni di lire in favore di D. G. quale finanziamento soci dalla stessa effettuato), veniva dichiarato costituito il contratto di vendita oggetto del preliminare, con obbligo di pagamento degli importi stabiliti in diverse tranches di ammontare differente, da 1 milione di euro, da corrispon-

dere entro trenta giorni dal lodo sino all'ultima di 450.000 euro da pagarsi il 31 dicembre 2006.

Nel corso di verifiche catastali da parte dei venditori delle quote, verifiche finalizzate all'esperienza di azioni esecutive immobiliari nei confronti dei debitori, si veniva a conoscenza che in data 24 dicembre 2003 erano stati trascritti nei registri immobiliari distinti atti, stipulati in Grosseto, risalenti al 20 dicembre 2003, con i quali V. G., D. F. e B. B. avevano istituito altrettanti trusts (denominati "...", "...", "..."), cui conferivano numerose proprietà immobiliari di pertinenza dei debitori, e indicavano quali trustees, rispettivamente, D. B., D. F. e B. B.

In data 5 gennaio 2004, D. G. depositava denuncia-querela nei confronti di D. B., E. B., B. B. e F. D., ipotizzando a loro carico il reato di cui all'art. 388, comma primo, c.p.p. Tra le norme regolatrici del trust si leggeva la disposizione secondo cui "i beni del trust sono separati dal patrimonio personale del trustee ... non sono in alcun modo aggredibili né dai suoi creditori personali né dai creditori personali del disponente": conseguentemente, gli immobili devoluti ai trusts non erano aggredibili dalla querelante né dai suoi figli per ottenere la esecuzione coattiva della pronuncia arbitrale.

Su richiesta del pubblico ministero, il G.i.p. del Tribunale di Torino, ritenuta la sussistenza del *fumus commissi delicti* dell'ipotizzato reato, nonché del *periculum in mora*, "posto che i debitori avrebbero potuto, *medio tempore*, reperire terzi acquirenti cui alienare gli immobili, rendendo definitivamente vane eventuali iniziative dei creditori", disponeva il sequestro preventivo degli immobili conferiti nei trusts. Il Tribunale del riesame, ritenuto che sussistessero tutti i presupposti di legge, rigettava la richiesta relativa.

Avverso l'ordinanza di rigetto dell'istanza di riesame propongono ricorso per

cassazione, tutti i nominati in epigrafe, deducendo cinque motivi di ricorso.

Col primo si dolgono della violazione della legge penale per la non configurabilità, nel caso di specie, del reato di cui all'art. 388, comma primo, c.p. Il Tribunale avrebbe ritenuto la costituzione del trust atto di per sé simulato o fraudolento, cosa inesatta, in quanto nel diritto anglosassone il trust non costituisce atto simulato, consentendo legittimamente la costituzione di un patrimonio separato da quello del disponente. Perché il negozio istitutivo possa ritenersi tale è necessario che l'intenzione dei disponenti sia quella di sottrarre il bene alla garanzia del creditore ex art. 2740 c.c. Nel caso, i beni non erano stati certamente sottratti alla azione revocatoria ex art. 2901 c.c., trattandosi di trusts che prevedono un trustee italiano ed essendo, quindi, assoggettati alle norme del diritto italiano. La parte creditrice, inoltre, aveva domandato in termini ristrettissimi il pagamento delle somme in base al lodo e in termini altrettanto ristretti aveva presentato la denuncia, quando per alcuni degli indagati (D. B. e B. B.) non era ancora scaduto il termine (dilatatorio) per l'adempimento della richiesta di pagamento. Sul punto l'ordinanza sarebbe carente di motivazione, come sarebbe carente di motivazione sulla disponibilità di altri beni da parte dei disponenti. Tutto concorrerebbe, quindi, per far ritenere verosimili le dichiarazioni di D. B., secondo cui tutta l'operazione

Nota:

Riproduciamo il testo della sentenza dal suo originale.

La sentenza è commentata da G.P. del Sasso, *supra*, 500.

L'ordinanza del Trib. Torino, 5 febbraio 2004, depositata il 9 febbraio 2004, può leggersi in questa Rivista, 2005, 414; per un commento, v. M. Lupoi, La reazione dell'ordinamento di fronte a trust elusivi, *ivi*, 333.

della creazione dei trusts era stata realizzata affinché venisse offerta una garanzia per gli istituti di credito che, in un momento di difficoltà della azienda di famiglia, avevano chiesto i rientri della esposizione debitoria.

Con un secondo motivo censurano la legittimità del sequestro per carenza del presupposto del *fumus commissi delicti*. Sostengono che il reato ipotizzato è collocato nel codice fra i delitti contro l'autorità delle decisioni giudiziarie tra le quali non rientrerebbe il lodo arbitrale. Il lodo non sarebbe equiparabile a una sentenza. Né gli arbitri sarebbero magistrati. Sarebbe violato, qualora si ritenesse giuridicamente corretta l'ipotesi inversa, il divieto di analogia in *malam partem*.

Si duole quindi, con il terzo motivo, del difetto assoluto di motivazione in ordine a tale ultimo aspetto.

Mancherebbe, poi, secondo la doglianza contenuta nel quarto motivo di ricorso, ogni motivazione sulla sussistenza del nesso pertinenziale tra la res e il reato, nesso che legittima l'adozione del sequestro preventivo, il quale giustifica l'adozione di un vincolo di indisponibilità della cosa.

Con l'ultimo motivo, infine, i ricorrenti si dolgono della insussistenza del *periculum in mora*. Trattandosi di reato istantaneo, lo stesso non potrebbe essere portato a conseguenze ulteriori, soprattutto se si consideri che il sequestro è stato trascritto nei registri immobiliari e considerato altresì che il "blocco" dell'immobile può ottenersi con la trascrizione della domanda di revocatoria, cosa del resto, già fatta dai creditori.

Il ricorso è infondato. Va premesso che, nel caso, gli attuali ricorrenti hanno dato luogo al negozio previsto dalla legge 16 ottobre 1989, n. 364 ed entrata in vigore in Italia il 1° gennaio 1992, che ha ratificato e reso esecutiva in Italia la convenzione sulla legge applicabile ai trusts e sul loro riconoscimento, adottata a L'Aja il 1° luglio 1985. In breve, le caratteristiche fondamentali dell'istituto, alcune fissate da norme derogabili, desumibili soprattutto dall'art. 2 della citata legge, sono le seguenti. L'istituzione di un trust può avere luogo per atto tra vivi o *mortis causa*; il disponente pone determinati suoi beni sotto il controllo del trustee a beneficio di un terzo o per il raggiungimento di uno scopo, ma tali beni non entrano a far parte del patrimonio del trustee, rimanen-

done separati, né passano, necessariamente, in proprietà del trustee: essi formano un patrimonio separato o di scopo; il trustee è investito del potere di amministrare, gestire e disporre del bene del settlor (disponente) secondo le norme dell'atto istitutivo del trust e le prescrizioni di legge, con obbligo di essere chiamato a rendere il conto; il trustee può agire o essere convenuto in giudizio nella sua qualità.

Nel caso, come risulta dai relativi atti istitutivi, tutti i trusts sono sottoposti alle norme della legge sopra richiamata (e tramite essa alla legge inglese per ciò che riguarda il trust e cumulativamente alla legge italiana e a quella inglese per quanto riguarda le obbligazioni e le responsabilità del trustee) e devolvono al trustee la piena proprietà dei beni dei disponenti, pur essendo tali beni destinati a soddisfare esclusivamente interessi altrui e ad essere trasferiti ai beneficiari finali nominati negli atti (su tali aspetti v. all. "A" agli atti istitutivi).

Orbene, sembra del tutto corretta la motivazione del giudice di merito che – accertata la strettissima sequenza temporale: "pronuncia del lodo (19/11/03) – deposito e dichiarazione di esecutività (5/12/03) – costituzione dei trusts (20/12/03) – trascrizione degli atti costitutivi dei trusts (24/12/03)" – non ha avuto dubbi sulla sussistenza del *fumus* del reato contestato, ritenendo inverosimili le dichiarazioni di D. B. (giustamente il Tribunale non si spiega come la costituzione del trust avrebbe potuto garantire – e non danneggiare – le banche per crediti pregressi alla costituzione dei trusts). *Quaestio facti*, comunque, quest'ultima, sulla quale questa Corte non ha alcun potere di sindacato, come nessun potere di sindacato ha sulla questione della maturazione del credito dei richiedenti il sequestro, credito la cui prima rata non pagata era, peraltro, scaduta il 31 dicembre 2003 (come si legge nell'ordinanza impugnata), prima, quindi, della presentazione della denuncia.

I ricorrenti pretenderebbero di escludere nella specie il *fumus commissi delicti* del reato di cui all'art. 388, primo comma, c.p. perché, mentre da un lato il trust non sarebbe un negozio simulato, dall'altro i beni stessi sarebbero pur sempre soggetti alla revocatoria di cui all'art. 2901 c.c. Tali considerazioni sono del tutto prive di fondamento. Se il trust non è certamente in astratto un negozio simulato, può benis-

simo esserlo nelle singole fattispecie concrete. D'altro canto, affermare che i beni devoluti al trustee sarebbero pur sempre soggetti alla azione revocatoria significa confermare che quei beni sono usciti dal patrimonio del debitore ed è quindi certamente profilabile il reato di cui all'art. 388, primo comma, c.p., in quanto la deduzione implica proprio che i beni conferiti nel trust sono usciti dal patrimonio del debitore e non sono, quindi, più soggetti alla azione esecutiva sui beni del disponente devoluti al trustee. Non è comunque questa la sede per individuare se nella specie ci si trovi di fronte ad atti simulati o in frode ai creditori (la norma sarebbe pur sempre applicabile). È certo che in un caso o nell'altro sussisterebbe il *fumus*.

Il secondo e il terzo motivo sono ugualmente infondati e non è vero che il Giudice di merito non abbia motivato. La devoluzione di controversie ad arbitri rituali è una eventualità del tutto legittima da parte di soggetti i quali, anziché sottoporre la controversia tra loro insorta (o che potrebbe insorgere) alla magistratura ordinaria, decidano di comprometterla in arbitri. La pronuncia emessa da questi ultimi ha la sicura natura di una decisione giurisdizionale al pari della sentenza emessa dai magistrati ordinari. Ciò è tanto vero che, se anche il regime delle impugnazioni si discosta da quello delle sentenze (ma questo non esclude la natura giurisdizionale dell'atto), il lodo, se deve essere eseguito nello Stato, deve essere depositato nella cancelleria del tribunale nella cui circoscrizione è la sede dell'arbitrato ed è dichiarato esecutivo con decreto del tribunale, così acquistando giuridica ufficialità nell'ordinamento come decisione giurisdizionale (art. 825 c.p.c.). La stessa norma dà conferma della completa equiparazione del lodo alla sentenza, stabilendo che il lodo reso esecutivo è soggetto a trascrizione in tutti i casi nei quali sarebbe soggetta la sentenza avente il medesimo contenuto. La identità di natura del lodo e della sentenza permette, quindi, di affermare con certezza che l'art. 388, comma primo, c.p. è applicabile anche ove il debitore compia atti simulati o fraudolenti per sottrarsi alle obbligazioni nascenti da un lodo arbitrale. È, quindi, infondata la tesi dei ricorrenti in forza della quale si farebbe in tal modo una illegittima opera di applicazione analogica della norma penale incriminatrice. La identità di natura tra lodo e sentenza (en-

Giurisprudenza

trambi atti giurisdizionali di decisione di controversie insorte tra le parti di un contratto) permette di affermare che non si verte nel caso in ipotesi di estensione analogica della norma, ma di applicazione della stessa a situazioni identiche, laddove presupposto della applicazione analogica è la dualità di situazioni giuridiche (una regolata dalla legge e una non regolata), nella specie esclusa proprio in considerazione della ricordata identità di natura tra sentenza e lodo arbitrale.

Sono infine privi di fondamento i motivi quarto e quinto del ricorso. Non è dato comprendere (quarto motivo) come possa sostenersi la mancanza del vincolo

pertinenziale (legittimante il sequestro preventivo) nel caso di alienazione di beni – sottoposti, per definizione, alla garanzia patrimoniale dei creditori – tra le cose trasferite in proprietà di altri e il reato di cui all'art. 388, comma primo. Se manca sul punto la motivazione si deve replicare che il giudice non deve motivare sulle cose ovvie.

Sicuramente sussistente doveva ravvisarsi poi, al momento della emanazione dell'atto di sequestro, il *periculum in mora* (motivo quinto): la trascrizione dell'atto di sequestro nei registri immobiliari era certamente idonea a bloccare – di fatto – ulteriori passaggi dei beni devoluti al *tru-*

ste o, comunque, altri atti di disposizione – eventualmente con l'assenso del disponente e/o del beneficiario – che avrebbero potuto rendere vana o maggiormente aleatoria ogni azione revocatoria a causa dei diritti vantabili da terzi in buona fede (art. 2901, comma primo, n. 2, c.c.).

Il ricorso va, quindi, rigettato e al rigetto consegue la condanna dei ricorrenti in solido al pagamento delle spese processuali.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso e condanna i ricorrenti in solido al pagamento delle spese processuali.

Validità del trust interno in quanto negozio atipico

Italia – Tribunale di Velletri

Convenzione de L'Aja – convenzione di diritto internazionale privato –
riconoscibilità dei trust stranieri – non riconoscibilità dei trust interni
Clausola sulla legge regolatrice del trust – nullità
Trust interno – negozio atipico – perseguimento di interessi meritevoli di tutela
per l'ordinamento giuridico – validità

Tribunale di Velletri, Sez. I civile, B. Ferraro, Pres., D. Cavallari, Rel., M.S. Ferrara, 29 giugno 2005 [A. F. c. A. e A. C. S.]

La Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985, ratificata con legge n. 364 del 16 ottobre 1989, consente esclusivamente il riconoscimento dei trust aventi un connotato di internazionalità, mentre ne restano esclusi i c.d. trust interni.

La clausola del trust interno che preveda l'applicazione di una legge straniera è nulla per impossibilità dell'oggetto, dovendo trovare applicazione la legge italiana quale lex fori.

Il trust è un negozio atipico degno di tutela in ragione della meritevolezza degli interessi perseguiti, ai sensi degli artt. 1322 e 1324 cod. civ. Pertanto, la sua validità deve essere di volta in volta accertata in concreto secondo le norme dell'ordinamento giuridico italiano.

È valido, e regolato dalla legge italiana, il trust che il disponente abbia istituito trasferendo beni al trustee affinché questi li gestisca e provveda al sostegno economico dei nipoti del disponente e della loro madre.

Il trust interno ha una causa, che è la medesima dei trust stranieri, consistente nella formazione di un patrimonio separato in capo ad un soggetto affinché questi lo gestisca nell'interesse dei beneficiari. Questa causa è lecita in quanto consente il perseguimento di interessi riconosciuti meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento giuridico, non essendo, inoltre, dissimile da quella tipica di altre figure giuridiche già previste dal nostro ordinamento giuridico (fondazioni familiari e fondo patrimoniale).

Testo dell'Ordinanza

(omissis)

Oggetto: reclamo avverso provvedimento cautelare.

1- Con reclamo ex art. 669 terdecies

c.p.c. dinanzi al Tribunale di Velletri in composizione collegiale, A. F. impugnava l'ordinanza del giudice unico del medesimo Tribunale depositata il 7 marzo 2005 con cui era stato autorizzato il sequestro conservativo dei suoi beni.

Tale autorizzazione era stata chiesta in via strumentale rispetto all'instaurazione di un giudizio di merito volto a dimostrare la *mala gestio* riguardante il Trust di diritto inglese Figli di M. C. S., istituito in Genova il 13 giugno 2000 per atti notaio Francesco Luigi Riso dal disponente A. C. S. in favore dei beneficiari A. ed A. C. S., con guardiano la madre di costoro A. T., vedova di M. C. S., e trustee l'Avv. A. F.

Il reclamante deduceva che:

– il giudice non aveva valutato la documentazione depositata dalla sua difesa e da quella dall'intervenente A. T.;

– il trust in questione non era valido, non trovandosi all'estero né una parte del patrimonio costituito in trust, né la residenza del beneficiario e non dovendo essere eseguite all'estero le obbligazioni incombenti sul trustee;

– si trattava non di un trust di diritto inglese, ma di un accordo relativo all'eredità del Cav. G. C.;

– il detto trust era, quindi, un negozio simulato, mentre il negozio dissimulato era nullo ai sensi dell'art. 458 c.c., trattandosi di un patto successorio;

– i beneficiari ed il guardiano avevano sempre sostenuto la nullità del trust e gli avevano ordinato di accettare l'istituzione di questo solo per ottenere le risorse necessarie a finanziare una guerra familiare;

– dietro l'istituzione del detto trust vi era la rivendicazione ereditaria della vedova e dei figli di M. C. S.;

– tale simulazione era stata denunciata penalmente dalla madre degli eredi C. S.;

– esattamente 15 giorni dopo i bene-

ficiari avevano chiesto l'emissione di un sequestro *inaudita altera parte*;

– in seguito, essi avevano presentato istanza di prevenzione davanti all'Ordine degli Avvocati di Velletri e tra il 22 ed il 27 dicembre avevano iniziato una transazione;

– durante le trattative era stata proposta un'azione contro di lui davanti alla magistratura umbra;

– egli non aveva mai confermato che la somma uscita di cassa fosse di Euro 5.453.568,90;

– tale ammontare era frutto di una mera sommatoria inerente operazioni finanziarie poste in essere successivamente al 1° giugno 2004 dal trustee in carica autonomamente e comprendenti la sistemazione di posizioni debitorie dei beneficiari;

– la somma uscita di cassa era stata in gran parte spesa per soddisfare il regime di vita, le stravaganze, le corti ed i passatempi dei beneficiari;

– la stessa guardiana del trust aveva dichiarato che le spese di cui si era chiesta ragione al trustee erano state volute, pretese, decise e ratificate da ella stessa e dai figli;

– nessuno aveva mai disconosciuto le firme apposte dai beneficiari e dal guardiano del trust;

Nota:

Riproduciamo il testo dell'ordinanza dal suo originale. L'ordinanza reclamata del Tribunale di Velletri, 7 marzo 2005, può leggersi in questa Rivista, 2005, 407.

I provvedimenti citati nell'ordinanza possono leggersi: Trib. Bologna, 1° ottobre 2003, in questa Rivista, 2004, 67; Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 17 maggio 1994, Webb. c. Webb, ivi, 112; Trib. Belluno, 25 settembre 2002, in questa Rivista, 2003, 255.

Giurisprudenza

– in atti erano presenti alcune ricevute di spese effettuate dal *trustee* per i beneficiari e persino due liste redatte da A. C. affinché con denaro del trust fossero onorati dei debiti personali;

– anche il nuovo *trustee* non aveva provveduto a consegnare gli atti richiesti;

– gli stessi beneficiari gli avevano ordinato di fare vivere la madre agiatamente secondo il suo censo;

– egli vantava, assieme ad altri professionisti, dei crediti nei confronti dei beneficiari per un incarico conferito in epoca non sospetta;

– non sussisteva il *periculum in mora*;

– il contraddittorio era stato violato, innanzi al giudice che aveva emesso il provvedimento reclamato, non essendo stato presente il guardiano del trust;

– egli non era responsabile della decadenza dalla condizione di beneficiari di A. ed A. C. S., in quanto ad occuparsi della vicenda erano stati gli avvocati S. e C.;

– per ragioni deontologiche non poteva consegnare atti concernenti l'attività svolta;

– egli aveva diritto al pagamento di onorari per un ammontare che al 1° giugno 2004 era superiore ad Euro 4.000.000,00.

Si costituivano A. ed A. C. S., i quali rilevavano che:

– il trust interno era valido nel nostro paese;

– il reclamante confondeva profili atinenti alla simulazione ed ai vizi della volontà e profili concernenti la violazione del divieto di patti successori;

– l'Avv. F. aveva ricevuto oltre dieci miliardi di lire nella sua qualità di *trustee* e, dopo due anni e mezzo, vi era un debito di Euro 271.000,00;

– le elargizioni compiute dall'Avv. F. in favore dei beneficiari e del guardiano neanche si avvicinavano ai suddetti dieci miliardi;

– il reclamante non aveva controdedotto alle contestazioni avanzate nel ricorso introduttivo del giudizio;

– sussisteva il *periculum in mora*;

– si rimettevano al giudicante in ordine all'indicazione dell'importo massimo per il quale autorizzare il sequestro;

– reclamavano contro la mancata concessione dell'ordine di produzione dei documenti richiesti ai sensi dell'art. 700 c.p.c.

Si costituiva A. T., la quale chiedeva la revoca dell'ordinanza contestata.

Si costituiva la Trust srl, nuovo *trustee*, la quale esponeva che l'eccezione di nullità del trust non poteva essere sollevata per la prima volta in sede di reclamo e chiedeva il rigetto del reclamo e l'accoglimento del reclamo incidentale.

Nella precedente fase processuale A. ed A. C. S. avevano lamentato che:

– l'Avv. F. aveva corrisposto varie somme a loro ed alla madre;

– l'Avv. F. si era autoliquidato compensi professionali eccedenti Euro 931.743,00, nonché un ulteriore compenso fisso annuale di £ 120.000.000, oltre alla refusione delle spese fisse necessarie al mantenimento della sede del trust in Perugia;

– l'Avv. F. aveva incaricato avvocati in vari Stati europei di ricostruire l'asse ereditario del loro nonno, pagando le relative parcelle, prospettando che avrebbero potuto recuperare ingenti somme di denaro (non avevano, però, prove documentali di ciò);

– nei primi mesi del 2004, l'Avv. F. aveva incassato ormai dieci miliardi di lire, ma il patrimonio del trust era in passivo di Euro 271.000,00;

– non avevano mai visto documenti attinenti al trust, mentre l'Avv. F. aveva fatto loro firmare molteplici ratifiche del suo operato;

– non fidandosi più dell'Avv. F., essi avevano chiesto allo zio A., che era anche il disponente, di revocare a questi l'incarico di *trustee*;

– il *trustee* nominato, Monte Paschi Fiduciaria, si era dimesso lamentando che la situazione patrimoniale contabile del trust era lacunosa e complessa;

– era stato così nominato *trustee* la Trust srl;

– dalle indagini del nuovo *trustee* era emerso che l'Avv. F. aveva eseguito frequenti versamenti per contanti, che non erano spiegabili con la gestione del trust, chiesto l'emissione di assegni circolari in corrispondenza dei versamenti per contanti, versato spesso assegni di ignota provenienza non onorati dai traenti, in particolare tratto, nel periodo settembre 2000-ottobre 2001, sui conti correnti ... e ... presso la Banca Popolare del Lazio, 188 assegni, per un importo rilevantisimo, in massima parte intestati a se medesimo;

– l'Avv. F. si era rifiutato di fornire la documentazione chiesta;

– nel merito essi avrebbero chiesto il rendiconto, la condanna dell'Avv. F. a re-

stituire le somme la cui uscita non fosse in grado di giustificare ed il risarcimento del danno;

le domande nel merito si sarebbero fondate sulle seguenti allegazioni:

1. grave negligenza del F. nell'agire nei confronti dei loro parenti, facendoli decadere dalla posizione di beneficiari del trust;

2. grave negligenza del F. nello spendere somme enormi, ben superiori a due miliardi di lire (cifra pari agli onorari del solo F.), per compiere accertamenti ereditari di scarsa consistenza;

3. grave negligenza del F. nel non arrestarsi nella sua attività una volta giunto alla conclusione della non convenienza dell'iniziativa giudiziaria, cominciando, invece, ad insistere per una transazione;

4. omessa comunicazione del continuo depauperamento del patrimonio;

5. conflitto d'interessi dell'Avv. F. il quale aveva agito quale loro legale personale, quale *trustee* e quale legale del trust, corrispondendo a se medesimo somme che non poteva autoconferirsi, anche perché la procedura per sanare il conflitto di interessi, prevista nell'atto istitutivo del trust, si riferiva ad incarichi professionali conferiti a terzi;

6. conflitto d'interessi dell'Avv. F., il quale aveva conferito incarichi ad altri professionisti solo per nascondere la dilapidazione dei beni del trust;

7. conflitto d'interessi dell'Avv. F., il quale aveva indotto essi ricorrenti a conferire i detti incarichi professionali, così ponendo a carico del trust le spese e gli onorari che avrebbero dovuto gravare su di loro.

I ricorrenti avevano chiesto, quindi, l'autorizzazione al sequestro suddetto e l'ordine di consegna dei documenti indicati nel ricorso ai sensi dell'art. 700 c.p.c.

Si era costituito il resistente eccependo, in particolare, che:

– ogni spesa ed incarico erano stati ratificati;

– il rendiconto prodotto afferiva al solo 2003 e questo dava solo contezza delle posizioni debitorie saldate dal *trustee* per conto dei beneficiari;

– ogni rendiconto era corrisposto annualmente al guardiano del trust che lo ratificava;

– tutti gli estratti conto bancari erano stati forniti alla Trust srl attraverso il guar-

diano e le enunciazioni contenute nel ricorso introduttivo dimostravano una attenta lettura delle movimentazioni bancarie;

– molte voci di spesa, sostenute per i beneficiari ed il guardiano, non erano fatturabili;

– la transazione di cui sopra era stata conclusa;

– i versamenti di denaro sul conto del trust servivano ad avviare alle richieste di denaro dei beneficiari;

– nel periodo febbraio 2000-agosto 2001, egli aveva attinto a finanziamenti privati, poi restituiti tramite assegni (quelli con la dicitura a me medesimo), per avviare alla mancanza di denaro dei beneficiari e della loro madre;

– spesso aveva egli provveduto ai pagamenti necessari;

– egli aveva diritto ad essere pagato per la propria attività professionale;

– non si era mai autonomato legale del trust;

– i beneficiari erano decaduti dalla propria posizione per una loro decisione;

– egli aveva sempre rispettato il mandato ricevuto e non aveva mai agito in conflitto di interessi;

– non sussisteva il *periculum in mora*.

Chiedeva, quindi, il rigetto del ricorso.

Sempre nella precedente fase, il giudice si riservava sulla decisione all'udienza del 10 gennaio 2005, concedendo termine per deposito documenti di 20 giorni e per note di ulteriori 20 giorni.

Con memoria depositata il 19 febbraio 2005 interveniva in giudizio A. T.

Con memoria depositata il 21 febbraio 2005 interveniva in giudizio la Trust srl.

Il Collegio, previa discussione orale ed acquisizione della documentazione versata in atti dalle parti, si riservava la decisione sul presente reclamo.

2- Letti gli atti di causa, con riferimento al reclamo presentato da A. F., ritiene questo Collegio che la richiesta di modifica dell'ordinanza contestata sia da accogliere.

Preliminarmente, deve essere inquadrato l'istituto del quale si discute.

Dall'esame della documentazione presentata, si evince che in data 11 luglio 2000 A. C. S. ha costituito un trust, individuando come beneficiari A. ed A. C. S. e nominando trustee A. F.

Il menzionato atto istitutivo rimanda,

ai fini del proprio riconoscimento, alle disposizioni della Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985, ratificata dalla Repubblica Italiana con la legge n. 364 del 16 ottobre 1989 ed entrata in vigore il 1° gennaio 1992 (da ora solo Convenzione).

Tale Convenzione recita nel suo preambolo che gli Stati firmatari, considerando che il trust è un istituto peculiare creato dai tribunali di *equità* dei paesi della *Common Law*, adottato da altri paesi con alcune modifiche, hanno convenuto di stabilire disposizioni comuni relative alla legge applicabile al trust e di risolvere i problemi più importanti connessi al suo riconoscimento.

L'art. 1 della detta Convenzione specifica il proprio scopo nell'individuare la legge applicabile al trust e nel regolare il suo riconoscimento.

L'art. 2, invece, fornisce una definizione del trust oggetto della Convenzione, descritto come "i rapporti giuridici istituiti da una persona, il costituente - con atto tra vivi o mortis causa - qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di un trustee nell'interesse di un beneficiario o per un fine specifico".

La disposizione da ultimo menzionata indica, poi, le caratteristiche che il trust deve presentare per essere considerato tale(1).

Secondo parte della dottrina, la Convenzione sarebbe una convenzione di diritto internazionale privato, con al proprio interno delle norme materiali, la quale non avrebbe ad oggetto il riconoscimento e la ricezione del trust, tipico istituto di *common law*, elaborato dalle Corti di *equity* secoli addietro, nel nostro ordinamento, ma solo l'individuazione di norme di collegamento uniformi ai fini della determinazione della legge regolatrice(2).

In tal modo, non avrebbe ingresso in Italia un istituto straniero e finora sconosciuto, ma diverrebbe semplicemente possibile applicare ai rapporti di cui all'art. 2 suddetto una legge straniera sulla base della mera volontà delle parti(3).

Sulla base delle argomentazioni esposte è stata prospettata, altresì, la possibilità di fare rientrare nell'ambito di applicazione della Convenzione i c.d. trust interni(4). Ciò in quanto la Convenzione afferma in via generale, all'art. 11(5), che un trust costituito in

Note:

(1) Per l'esattezza, è necessario che:

– i beni del trust costituiscano una massa distinta e non facciano parte del patrimonio del trustee;

– i beni del trust siano intestati a nome del trustee o di un'altra persona per conto del trustee;

– il trustee sia investito del potere e onerato dell'obbligo, di cui deve rendere conto, di amministrare, gestire o disporre dei beni secondo i termini del trust e le norme particolari impostegli dalla legge.

(2) Questi autori fondano le loro conclusioni sulla struttura della Convenzione ed, in particolare, sulla sua ripartizione in tre capitoli:

– il capitolo I fornirebbe, al summenzionato art. 2, la definizione di trust;

– il capitolo II indicherebbe, con l'art. 6, la legge applicabile all'istituto in questione;

– il capitolo III, dedicato al riconoscimento, con gli artt. 11 e 12, specificherebbe gli effetti da ricollegare, comunque, alla valida costituzione di un trust secondo la legge applicabile.

(3) La Convenzione avrebbe, così, una funzione c.d. pedagogica nei confronti dei giuristi di *civil law* ed imporrebbe il trust non, appunto, con riferimento al tradizionale modello inglese, ma come istituto autonomo (denominato, da autorevole dottrina, trust amorfo), dotato dei caratteri e degli effetti che lo caratterizzano nel sistema giuridico designato dalle norme di conflitto uniformi dettate dalla Convenzione, persino qualora la *lex fori* ignori l'istituto in questione. Si è osservato, sul punto, che in tal modo si rischierebbe di dare ingresso nel nostro ordinamento non solo al tradizionale trust anglosassone, ma pure ad istituti distinti ancorché prossimi. È stato allora evidenziato che la descrizione di cui all'art. 2 della Convenzione avrebbe il solo scopo di indicare le caratteristiche proprie di figure di trust positivamente esistenti negli ordinamenti che prevedono un simile istituto.

(4) Vale a dire i trust, come quello oggetto del presente giudizio, i cui elementi costitutivi siano tutti riconducibili all'ordinamento del giudice adito ed il cui esclusivo profilo di estraneità sia la legge, straniera, scelta dal costituente ai sensi dell'art. 6 della Convenzione.

(5) Che prescrive: "Un trust costituito in conformità alla legge specificata al precedente capitolo dovrà essere riconosciuto come trust. Tale riconoscimento implica quanto meno che i beni del trust siano separati dal patrimonio personale del trustee, che il trustee abbia le capacità di agire in giudizio ed essere citato in giudizio, o di comparire in qualità di trustee davanti a un notaio o altra persona che rappresenti un'autorità pubblica. Qualora la legge applicabile al trust lo richieda, o lo preveda, tale riconoscimento implicherà, in particolare che:

– i creditori personali del trustee non possano sequestrare i beni del trust;

– i beni del trust siano separati dal patrimonio del trustee in caso di insolvenza di quest'ultimo o di sua bancarotta;

– i beni del trust non facciano parte del regime matrimoniale o della successione dei beni del trustee;

(Segue)

Giurisprudenza

conformità alla legge specificata al capitolo I (ai sensi, cioè, dell'art. 6(6)) deve essere riconosciuto, appunto, come trust(7).

Tale assunto è stato accolto anche dalla più recente giurisprudenza (Cfr. Trib. Bologna n. 4545 del 1° ottobre 2003).

Peraltro, l'impostazione sinora esposta non può essere condivisa.

Infatti, la Convenzione, come le altre convenzioni dell'Aja, è una convenzione di diritto internazionale privato e, nel sistema internazional-privatistico, non è possibile concedere alle parti l'opportunità di scegliere una legge regolatrice diversa da quella a cui tutti gli elementi della fattispecie fanno riferimento. Una simile scelta non può non ritenersi invalida nella misura in cui miri ad impedire l'applicazione delle norme imperative della *lex fori*.

Dalla lettura della Convenzione si evince che questa fa riferimento, per l'interpretazione più condivisibile, all'istituto del trust conosciuto dal diritto inglese e da ordinamenti a questo prossimi (come si desume dal menzionato preambolo). La Convenzione è stata, quindi, redatta, conformemente, si ripete, ai principi di diritto internazionale privato, con lo scopo di individuare criteri di collegamento che rendano riconoscibili in Stati (come l'Italia) che ignorano il trust tale istituto (nei limiti esplicitati), assoggettandone l'applicazione alla legge di altro Stato che lo conosca.

D'altronde, non si comprende perché, se davvero la Convenzione avesse introdotto, come è stato sostenuto, una sorta di trust internazionale od un trust c.d. amorfo e contenesse, quindi, norme sostanziali uniformi, tale istituto debba essere assoggettato obbligatoriamente alla legge di uno stato che conosca il trust. Infatti, più razionalmente la Convenzione avrebbe potuto imporre espressamente il rispetto dell'istituto *de quo*, come definito all'art. 2 e con le caratteristiche di cui all'art. 11, all'interno degli ordinamenti degli Stati firmatari, costituendo essa stessa la legge del trust. Non è chiaro, cioè, per quale ragione, se la Convenzione mirava a rendere riconoscibile in Italia anche un trust come quello oggetto del presente giudizio, con beni e soggetti coinvolti tutti italiani, abbia previsto la necessità di un riferimento ad una legge straniera (nel caso inglese), invece che prescriverne direttamente la disciplina.

Inoltre, se fosse vera la ricostruzione qui contestata, non avrebbero motivo di essere le previsioni degli artt. 11 e 12(8) della Convenzione i quali, come detto, indicano gli effetti propri che devono essere riconosciuti al trust, in quanto questo dovrebbe avere semplicemente l'efficacia prevista dalla legge scelta dalle parti. Va ricordato, poi, che gli artt. 15(9) e 16(10) della Convenzione fissano limiti di efficacia al riconoscimento del trust, il che si giustifica solo ritenendo che oggetto del riconoscimento debbano essere trust stranieri e non italiani. L'art. 15, in particolare, stabilisce che, qualora le sue disposizioni ostacolassero il riconoscimento del trust, il giudice dovrebbe cercare di realizzare gli obiettivi di questo con altri mezzi giuridici. Tale statuizione si può spiegare solo con la natura internazionale del trust da riconoscere.

Inoltre, non va ommesso l'esame dell'art. 13 della Convenzione(11). Parte della dottrina ha evidenziato come una simile disposizione obbligherebbe *tout court* il giudice a non riconoscere in Italia i trust interni. Altra dottrina ha, invece, proposto una lettura meno rigida della norma. In pratica, si è affermato che l'art. 13 permetterebbe al giudice di prescindere dalla legge scelta dalle parti per la disciplina del trust non solo nei casi di cui agli artt. 15, 16 e 18(12), i quali fissano limiti

Note:

(Continua nota 5)

– la rivendicazione dei beni del trust sia permessa qualora il *trustee*, in violazione degli obblighi derivanti dal trust, abbia confuso i beni del trust con i suoi e gli obblighi di un terzo possessore dei beni del trust rimangono soggetti alla legge fissata dalle regole di conflitto del foro”.

(6) Che recita: “Il trust è regolato dalla legge scelta dal costituente. La scelta deve essere espressa, oppure risultare dalle disposizioni dell'atto che costituisce il trust o portandone la prova, interpretata, se necessario, avvalendosi delle circostanze del caso. Qualora la legge scelta in applicazione del precedente paragrafo non preveda l'istituzione del trust o la categoria del trust in questione, tale scelta non avrà valore e verrà applicata la legge di cui all'articolo 7”.

(7) Più specificamente, tale dottrina osserva che l'art. 6 suddetto concede alle parti la possibilità di scegliere liberamente la legge regolatrice del trust, a condizione che questa disciplini l'istituto. Ne consegue, secondo il detto indirizzo, che a rilevare è esclusivamente la scel-

ta di una legge che conosca il trust, non la riferibilità o meno ad un qualche ordinamento straniero degli elementi costitutivi di questo.

(8) Che prevede: “Il *trustee* che desidera registrare i beni mobili e immobili, o i documenti attinenti, avrà facoltà di richiedere la iscrizione nella sua qualità di *trustee* o in qualsiasi altro modo che riveli l'esistenza del trust, a meno che ciò non sia vietato o sia incompatibile a norma della legislazione dello Stato nel quale la registrazione deve aver luogo”.

(9) In base al quale: “La Convenzione non ostacolerà l'applicazione delle disposizioni di legge previste dalle regole di conflitto del foro, allorché non si possa derogare a dette disposizioni mediante una manifestazione della volontà, in particolare nelle seguenti materie:

- la protezione di minori e di incapaci;
- gli effetti personali e patrimoniali del matrimonio;
- i testamenti e la devoluzione dei beni successori, in particolare la legittima;
- il trasferimento di proprietà e le garanzie reali;
- la protezione di creditori in casi di insolvibilità;
- la protezione, per altri motivi, dei terzi che agiscono in buona fede.

Qualora le disposizioni del precedente paragrafo siano di ostacolo al riconoscimento del trust, il giudice cercherà di realizzare gli obiettivi del trust con altri mezzi giuridici. La Convenzione non pregiudica le disposizioni legislative del foro che devono essere applicate anche per situazioni internazionali indipendentemente dalla legge designata dalle regole di conflitto di leggi. In casi eccezionali, si può altresì dare effetto alle norme della stessa natura di un altro Stato che abbia con l'oggetto della controversia un rapporto sufficientemente stretto. Ciascuno Stato contraente potrà, mediante una riserva, dichiarare che non applicherà la disposizione del secondo paragrafo del presente articolo”.

(10) Che stabilisce: “La Convenzione non pregiudica le disposizioni legislative del foro che devono essere applicate anche per situazioni internazionali indipendentemente dalla legge designata dalle regole di conflitto di leggi. In casi eccezionali, si può altresì dare effetto alle norme della stessa natura di un altro Stato che abbia con l'oggetto della controversia un rapporto sufficientemente stretto. Ciascuno Stato contraente potrà, mediante una riserva, dichiarare che non applicherà la disposizione del secondo paragrafo del presente articolo”.

(11) Tale disposizione prevede che: “Nessuno Stato è tenuto a riconoscere un trust i cui elementi importanti, ad eccezione della scelta della legge da applicare, del luogo di amministrazione e della residenza abituale del *trustee*, sono più strettamente connessi a Stati che non prevedono l'istituto del trust o la categoria del trust in questione”.

(12) Secondo cui: “Le disposizioni della Convenzione potranno essere non osservate qualora la loro applicazione sia manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico”.

insuperabili per ogni trust, ma, altresì, nelle ipotesi in cui il riferimento alla legge straniera sia operato al fine di sottrarre abusivamente la situazione disciplinata alla legge che avrebbe dovuto regolarla, in contrasto con ogni criterio di ragionevolezza e buona fede.

Peraltro, deve osservarsi che la previsione dell'art. 13 ha un senso solo con riferimento a delle ipotesi di trust dotate di elementi di internazionalità, per le quali è necessario imporre il rispetto di alcune regole della *lex fori* reputate inderogabili, ma non per il trust interno. Infatti, qualora si accogliesse la tesi della riconoscibilità di questo ai sensi della Convenzione e della sua assoggettabilità alla legge straniera scelta dalle parti, si arriverebbe all'assurdo di permettere al disponente di scegliere una legge regolatrice straniera (nella specie, quella inglese) per un istituto i cui elementi costitutivi sono tutti italiani, per poi imporgli il rispetto, quantomeno, delle norme (italiane) di cui agli artt. 15, 16 e 18 ed assoggettarlo alla sanzione prevista dall'art. 13 (circostanza che si verificherebbe proprio nel caso in esame, poiché il trust della cui validità si discute non può obiettivamente essere assoggettato alla legge inglese, considerato che nessun motivo ragionevole sussiste od è stato prospettato per tale assoggettamento). In realtà, l'art. 13 va interpretato, oltre che come norma di chiusura del sistema, anche quale disposizione che impedisce il riconoscimento di effetti a trust i quali siano privi di ogni collegamento sostanziale con una legge che contempra l'istituto sul piano materiale.

È stato autorevolmente osservato in dottrina che altre convenzioni nelle quali si fa riferimento al criterio della libertà di scelta per le parti della legge regolatrice del rapporto presuppongono la ricorrenza di elementi di internazionalità nella fattispecie (si veda, ad esempio, l'art. 1 della Convenzione di Roma sulle obbligazioni internazionali, secondo cui le disposizioni che seguono si applicano alle obbligazioni contrattuali nelle situazioni che implicano un conflitto di leggi).

In definitiva, l'adozione della Convenzione *de qua* si spiega con la necessità di ovviare all'assenza, nell'ordinamento italiano, di norme di conflitto specifiche per il trust. Ciò in quanto nel trust sono presenti una molteplicità di aspetti, alcuni personali ed altri reali, circostanza che rendeva difficile, in passato, l'individuazione

della legge applicabile, poiché non era possibile scomporre, a tal fine, i due profili menzionati, con la conseguenza che si dava la prevalenza agli effetti reali ed alla *lex rei sitae* e si disconoscevano gli effetti tipici del trust. Se ne ricava che l'intera problematica concernente la legge da applicare era ricollegata, prima dell'adozione della Convenzione, proprio alla presenza di un potenziale conflitto fra leggi e che la Convenzione stessa è stata adottata per individuare un criterio di composizione che evitasse di dovere sempre applicare la legge italiana con relativa impossibilità per i trust (stranieri) di esplicitare i propri effetti tipici.

In conclusione, dove escludersi che la Convenzione possa essere considerata fonte normativa del trust interno con valore di legge dello Stato.

A tale soluzione consegue l'impossibilità di applicare alla fattispecie oggetto di causa la normativa inglese scelta dal disponente, dovendosi utilizzare la legge italiana quale *lex fori*. Questo risultato scaturisce dalla circostanza che la legge straniera, nel caso in esame richiamata solo per consentire l'applicazione della Convenzione, è inidonea a produrre alcun effetto giuridico in un ordinamento al quale non appartiene e, perciò, la clausola che la prevede è da reputare nulla per impossibilità dell'oggetto.

3- Nonostante le conclusioni sopra riportate, l'eccezione di nullità del trust oggetto di causa (rilevabile anche di ufficio) non merita accoglimento. Infatti, si deve ritenere che il rapporto sorto con l'adozione dell'atto istitutivo dell'11 luglio 2000 sia perfettamente valido e sia regolato dalla legge italiana, potendo esplicitare i propri effetti solo compatibilmente con la normativa nazionale.

Nella fattispecie, le parti hanno istituito un trust secondo il modello di diritto inglese. Occorre, quindi, guardare al sistema anglosassone per inquadrarne le caratteristiche.

Non è facile individuare una nozione generale di un istituto invero estremamente sfuggente, ma di solito nel sistema inglese si definisce trust un'obbligazione di *equity*, che vincola un soggetto, detto *trustee*, ad occuparsi di una proprietà di cui egli ha il controllo (la *trust property*) o al fine di beneficiare altri soggetti (i *beneficiaries* o *cestuis que trust*), fra i quali può trovarsi lo stesso *trustee*, e dei quali bene-

ficiari ciascuno può fare valere l'obbligazione medesima, o per conseguire uno scopo caritatevole (che può essere fatto valere dall'*Attorney General*) o per realizzare altri fini permessi dalla legge pur se non suscettibili di tutela giudiziaria.

Dalla definizione appena fornita si desume che il trust inglese ha delle precise caratteristiche, in particolare:

1. il trust non è un contratto, né una persona giuridica od un ente autonomo, ma un rapporto giuridico fra altre persone;
2. il proprietario dei beni in trust è il *trustee*, il quale non è né un rappresentante né un mandatario del disponente (o *settlor*), del beneficiario o del trust;
3. il *trustee* è il solo soggetto necessario perché venga ad esistere un trust;
4. il *trustee* ha dei doveri verso i beneficiari, molti dei quali di carattere fiduciario, i quali impongono al *trustee* di salvaguardare gli interessi di questi ultimi;
5. una volta che ha creato il trust il disponente non ha più interesse in esso e non può influenzare le scelte del *trustee*;
6. i beni in trust non sono attaccabili dai creditori o da alti aventi causa del disponente o del *trustee* (tranne, con riguardo a quest'ultimo, che per gli obblighi relativi al trust), costituendo un patrimonio separato (c.d. effetto segregativo);
7. i beneficiari di un trust hanno il diritto di ricostruire i movimenti dei beni finiti nelle mani di terzi cui il *trustee* li abbia illecitamente trasferiti, con il solo limite della tutela degli acquirenti in buona fede (c.d. *tracing*);
8. la magistratura ha un ruolo di sorveglianza del trust;
9. i diritti dei beneficiari possono essere determinati in vario modo.

Ne consegue il superamento delle tradizionali dottrine che spiegavano l'istituto del trust inglese in maniera poco comprensibile per un ordinamento di *civil law* come il nostro.

In particolare, ormai abbandonata è la tesi che individuava nel trust uno sdoppiamento del diritto di proprietà, con la proprietà formale che restava in capo al *trustee* e quella sostanziale (c.d. *equitable ownership*) ai beneficiari. Pure da non accogliere è la ricostruzione di chi immagina la coesistenza di più diritti reali di diverso contenuto sui beni in trust. In realtà, nel trust anglosassone il diritto di proprietà viene trasferito dal disponente al *trustee* una volta per tutte. I beneficiari sono titolari solo di un diritto di credito

Giurisprudenza

verso il *trustee* (si ripete, unico proprietario dei beni) affinché egli rispetti gli obblighi impostigli con l'atto istitutivo del trust dal disponente (tale impostazione è stata accolta anche in ambito comunitario: Cfr. Corte di Giustizia Ue n. C-294/92 del 17 maggio 1994).

In virtù della ricostruzione dell'istituto *de quo* condivisa da questo Collegio, si deve ritenere, come già anticipato, che il trust in questione sia valido.

Infatti, dall'esame degli atti si evince che il disponente ha posto in essere un negozio giuridico di trasferimento della proprietà di beni in favore di A. F., il quale ha accettato l'incarico di gestirli nei termini indicati nell'atto istitutivo del trust dietro un compenso (per l'esattezza, con tale atto è stata trasferita la sola somma di £ 10.000.000, mentre il resto del patrimonio del trust è stato ceduto successivamente con ulteriori atti che, peraltro, sono astrattamente collegati al primo per affermazione di tutte le parti in causa, tanto che si può tranquillamente ipotizzare l'esistenza di un collegamento negoziale o ricostruire quelli successivi come atti solutori dell'impegno assunto al momento della costituzione del trust *de quo*). Ci troviamo, quindi, innanzi ad un negozio a prestazioni corrispettive con effetti in favore del terzo (se non addirittura di un contratto, vista la contestuale accettazione dell'incarico da parte del *trustee* in cambio di un compenso, con un distacco, quindi, rispetto al modello classico di trust inglese), per mezzo del quale il *trustee* è divenuto proprietario di alcuni beni ed i beneficiari A. ed A. C. S. hanno acquisito un diritto di credito nei confronti di A. F., sul quale gravano gli obblighi, di carattere essenzialmente fiduciario, indicati nell'atto istitutivo del trust e, soprattutto, l'impegno a ritrasferire, alla cessazione del trust, i detti beni ai beneficiari (i quali non possono esigere la relativa prestazione sino al 35° anno di età, da intendere come un termine iniziale per l'esercizio del loro diritto al ritrasferimento).

Prima facie, tale ricostruzione della vicenda intercorsa fra le parti è perfettamente compatibile con il nostro ordinamento, trattandosi di un negozio atipico degno di tutela in ragione della meritevolezza degli interessi perseguiti ai sensi degli artt. 1322 e 1324 c.c. (sia che lo si ricostruisca come un contratto, sia che lo si veda come un negozio giuridico bilaterale o solo unilaterale).

La giurisprudenza (Cfr. Tribunale di Belluno, decreto del 25 settembre 2002) e la dottrina che si sono pronunciate, successivamente all'entrata in vigore della Convenzione, contro l'ammissibilità del trust interno nel nostro ordinamento hanno argomentato dalla circostanza che non era possibile individuare uno schema causale che potesse giustificare la costituzione dei beni in trust ed il passaggio di questi al *trustee*. In definitiva, si sarebbe trattato di un mero negozio astratto di trasferimento, nullo per il nostro ordinamento ai sensi degli artt. 1325 n. 2 e 1418, 2 c.c.

In realtà, il trasferimento in questione ha una propria causa, che è la stessa che caratterizza i trust non di diritto interno, il riconoscimento degli effetti dei quali nel nostro ordinamento è incontestabile in virtù, proprio, della Convenzione.

Nella specie, la proprietà dei beni è trasferita al fine di consentire la formazione di un patrimonio separato da gestire nell'interesse dei beneficiari ad opera del *trustee*.

Se una tale causa è da ritenere esistente con riguardo al trust non interno, non si vede per quale ragione debba reputarsi mancante in relazione ad un trust italiano, ponendosi, altrimenti, un problema di violazione dell'art. 3 della nostra Costituzione. Neppure può dirsi che la detta causa sia non meritevole di tutela, poiché è insito nel fatto del riconoscimento effettuato nella Convenzione che, almeno in linea teorica, gli interessi tipicamente perseguiti per mezzo del trust siano stati considerati dal nostro legislatore meritevoli di tutela. Quand'anche si volesse prescindere da questa assorbente considerazione, dovrebbe, però, rilevarsi che la causa del trasferimento coincide, in parte, con quella dei negozi fiduciari (ammessi in Italia). Inoltre, i tipici usi del trust nell'ordinamento inglese sono perfettamente compatibili con le funzioni di alcuni istituti di diritto interno. Nella specie, il trust è sorto per garantire un sostegno economico ad alcuni membri della famiglia C., minorenni all'epoca dell'istituzione, ed è agevole individuare profonde analogie con la causa delle fondazioni familiari e del fondo patrimoniale (in una delle convenzioni ereditarie in seguito esaminate si parla di costituire un fondo patrimoniale). Non si vede, allora, perché ritenere privo di causa un negozio che, in concreto, trova la stessa giustificazione di

figure giuridiche già previste dal nostro ordinamento.

Occorre aggiungere che, nella fattispecie, il disponente A. C. S. ha dichiarato nell'atto istitutivo del trust di agire per dare attuazione alle raccomandazioni del proprio defunto padre G. C. e, quindi, il trust altro non è che il modo in cui è stato eseguito un dovere morale ex art. 2034 c.c., situazione ben nota all'ordinamento italiano e certo tutelata. D'altronde, sarebbe erroneo considerare l'atto istitutivo del trust *ex se* e non in correlazione con la complessiva vicenda intercorsa fra le parti e gli altri negozi intervenuti. Infatti, i trasferimenti *de quibus* sono stati effettuati, comunque, per beneficiare, ancorché non interamente da subito, A. ed A. C. S. e sarebbe riduttivo reputare nulla la cessione in favore di A. F. solo perché si esamina non l'esito programmato dell'intera operazione, ma esclusivamente la prima parte di questa.

Autorevole dottrina ha affermato che il riferimento agli artt. 1322 e 1324 c.c. sarebbe privo di pregio in considerazione del rapporto esistente fra tali norme e l'art. 1343 c.c. Questa disposizione prevede che la causa di un contratto (ma, in generale, di un negozio) è illecita quando è contraria a norme imperative, all'ordine pubblico ed al buon costume. Tralasciando il profilo del buon costume (nel caso privo di rilievo), deve, però, negarsi un contrasto fra un trust (come previsto nel diritto inglese) e norme imperative del nostro ordinamento ovvero l'ordine pubblico italiano.

La dottrina in questione argomenta, *in primis*, dall'asserita esistenza di un principio di tipicità (c.d. *numerus clausus*) dei diritti reali. Si sostiene che il *trustee* sarebbe titolare di una proprietà fiduciaria, limitata in quanto egli sarebbe privo del potere di disporre liberamente del bene ed inammissibile nel nostro ordinamento perché non prevista dalla legge.

Tale assunto non è condivisibile. Infatti, il *trustee* ha acquistato la piena proprietà di ciò che è stato conferito al trust e può disporre liberamente con la pienezza di facoltà di un normale proprietario. Gli obblighi gravanti sul *trustee* perché previsti nell'atto istitutivo del trust attoniscono ad un profilo diverso da quello relativo al trasferimento del diritto reale, rientrando, invece, nel rapporto obbligatorio esistente con i beneficiari. In definitiva, se il *trustee* rispetterà gli impegni as-

sunti, egli non dovrà risponderne nei confronti dei beneficiari, in caso contrario i beneficiari potranno rivalersi nei suoi confronti, sussistendo una responsabilità da inadempimento. La situazione è analoga (pur tenendo conto delle note differenze esistenti fra le figure) a quella che ricorre nei negozi fiduciari.

L'eventuale abuso della fiducia è elemento che caratterizza questi ultimi e nessuno ha mai ritenuto i negozi fiduciari nulli solo in ragione di questo aspetto che, anzi, ne costituisce uno dei tratti qualificanti.

Neppure rileva che tramite i trust possa esservi una violazione della normativa in tema di successione o fedecommesso, non essendo idonea tale circostanza a rendere inammissibile in astratto per il nostro ordinamento l'istituto in questione, ma rendendosi necessario, di volta in volta, l'esame degli accordi delle parti per verificarne il contrasto con la legge interna.

L'argomento più autorevole prospettato dalla dottrina che reputa nulli i trust in Italia si fonda sull'art. 2740 c.c.

Questa disposizione prescrive che il debitore risponda dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri e non ammette limitazioni della responsabilità non stabilite dalla legge.

Si sostiene che l'effetto segregativo che caratterizza il trust violerebbe l'art. 2740 c.c. in quanto verrebbe creato un patrimonio separato senza una previsione di legge autorizzativa.

Ciò non è condivisibile.

L'art. 2740 c.c., infatti, è espressione di un principio generale⁽¹³⁾ che impone la tutela delle ragioni dei creditori contro gli atti fraudolenti dei debitori, ma non limita l'autonomia privata, essendo a questa complementare.

Trovando la detta disposizione la sua *ratio* nella protezione dell'interesse del creditore a soddisfarsi sul patrimonio del debitore, non è necessario, per conseguire tale obiettivo, individuare un limite all'autonomia privata, potendosi fare ricorso al sistema revocatorio. Bisogna, cioè, distinguere fra atti che mirano esclusivamente a ridurre la responsabilità dell'individuo, sottraendo, volutamente, i beni alla garanzia dei creditori, ed atti che incidono sul patrimonio del singolo, dando una specifica destinazione ai beni, senza, però, sottrarli ai creditori. Nel primo caso, si ha una violazione dell'art. 2740 c.c., nel

secondo l'atto è valido. A rilevare è, dunque, la causa del trasferimento, dovendo questa essere analizzata per appurare se il negozio persegua, per mezzo della cessione dei beni, interessi meritevoli di tutela (come, per le considerazioni già esposte, il trust in esame, che si fonda sull'attribuzione al *trustee* di beni affinché li gestisca nell'interesse dei beneficiari) ovvero se sia nullo perché mirante solo a frodare i creditori. Viene meno, così, ogni automatismo fra consistenza del patrimonio e misura della responsabilità, due concetti che vanno intesi separatamente in modo da colpire, ai sensi dell'art. 2740 c.c., non ogni trasferimento, né ogni trasferimento che si colleghi ad una destinazione di alcuni beni, ma solo il pregiudizio che potrebbero patire i creditori. D'altronde, si evidenzia come l'effetto segregativo, con riguardo al trust (pur se internazionale), sia stato riconosciuto, almeno a livello di principio, dalla Convenzione e, quindi, sarebbe irragionevole negarlo (pur con i limiti imposti dal nostro ordinamento) nel caso del c.d. trust interno. In concreto, si osserva come un problema di violazione dell'art. 2740 c.c. non può porsi in relazione alla posizione del disponente. Egli, infatti, si spoglia dei suoi beni trasferendoli al *trustee*. Eventualmente, i suoi creditori potranno agire in revocatoria (o fare valere la nullità del negozio per frode alla legge o la sua inefficacia per simulazione relativa) qualora ne ricorrano i presupposti.

Considerando, invece, i creditori del *trustee*, bisogna mettere in luce la necessità di garantire il loro legittimo affidamento. Se essi sono stati edotti della destinazione dei beni in favore dei beneficiari, non si porrà un problema di violazione dell'art. 2740 c.c. poiché non avevano fatto affidamento su tali beni come garanzia dei propri diritti, dovendosi scindere il profilo della destinazione dei beni da quello attributivo (si consideri, poi, che, non essendo stato il *trustee* ad operare la costituzione del patrimonio separato, il riferimento all'art. 2740 c.c. è, nella specie, non pertinente). In caso contrario, inevitabilmente i creditori in buona fede avranno diritto a soddisfarsi su tutti i beni di proprietà del *trustee*, secondo un meccanismo analogo a quello dell'art. 170 c.c. in tema di fondo patrimoniale, perfettamente noto al nostro ordinamento. Se ne ricava che i beni del trust non sono istituzionalmente sottratti

ai creditori, ma che il loro assoggettamento all'azione di questi ultimi deve te-

Nota:

(13) Principio che, peraltro, ormai conosce ed ha conosciuto varie eccezioni, previste dalla legge, fra cui, a titolo di esempio, possono ricordarsi:

- gli artt. 167 ss. c.c., che vincolano alle esigenze della famiglia i beni costituiti in fondo patrimoniale, sui quali possono soddisfarsi solo i creditori indicati all'art. 170 c.c.;
- la rendita vitalizia costituita a titolo gratuito, che può divenire patrimonio separato (e non aggredibile) nei limiti del bisogno alimentare del beneficiario ai sensi dell'art. 1881 c.c.;
- l'art. 1923 c.c., che sottrae le somme dovute dall'assicuratore (per assicurazione sulla vita) all'azione esecutiva dei creditori del contraente o del beneficiario;
- l'art. 490 c.c., che prevede che il beneficio d'inventario tenga distinto il patrimonio del defunto da quello dell'erede;
- l'art. 2117 c.c. (richiamato dal D.Lgs. 124/1993), che consente la creazione di patrimoni di destinazione (così definiti da Cass. 2824/1975) come fondi speciali per la previdenza e l'assistenza;
- l'art. 3 della legge 23/3/1983 n. 77 sui fondi comuni di investimento immobiliare (ora abrogato dal D.Lgs. 58/1998), che prevedeva che ciascun fondo comune fosse patrimonio distinto a tutti gli effetti dal patrimonio della società di gestione e da quelli dei partecipanti, nonché da ogni altro fondo gestito dalla medesima società di gestione (norma ripresa ed ampliata dal testo unico in materia di intermediazione finanziaria D.Lgs. 24/2/1998 n. 58 il quale, all'art. 22, stabilisce che, nella prestazione dei servizi di investimento e accessori, gli strumenti finanziari e le somme di denaro dei singoli clienti, a qualunque titolo detenuti dall'impresa di investimento, dalla società di gestione del risparmio o dagli intermediari finanziari iscritti [...] nonché gli strumenti finanziari dei singoli clienti a qualsiasi titolo detenuti dalla banca, costituiscono patrimonio distinto a tutti gli effetti da quello dell'intermediario e da quello degli altri clienti);
- l'art. 4 del D.Lgs. 21/4/1993 n. 124, riformato dalla legge 335/1995, che stabilisce che fondi pensione possono essere costituiti [...] attraverso la formazione con apposita deliberazione di un patrimonio di destinazione, separato ed autonomo, nell'ambito del patrimonio della medesima società od ente, con gli effetti di cui all'articolo 2117 c.c.;
- l'art. 3 della legge 130/1999, che prevede che i crediti relativi a ciascuna operazione di cartolarizzazione di crediti costituiscono patrimonio separato a tutti gli effetti da quello della società e da quello relativo alle altre operazioni;
- le disposizioni previste dalle leggi sulla cartolarizzazione dei crediti INPS (art. 13 legge 448/1998, come modificato dalla legge 402/1999) e sulla privatizzazione del patrimonio immobiliare pubblico (art. 2 legge 410/2001);
- la riforma del diritto societario, che ha inserito nel codice civile l'art. 2447-bis sui patrimoni destinati ad uno specifico affare.

Giurisprudenza

nere conto della causa dell'attribuzione al *trustee*.

Tali considerazioni inducono a ritenere lecita la causa di un trust come quello oggetto del presente giudizio.

(*omissis*)

6- A. ed A. C. S. hanno presentato, costituendosi in questa sede, un appello (*rectius* reclamo) incidentale. Essi hanno reiterato nei confronti di A. F. la domanda ex art. 700 c.p.c. di produzione della documentazione inerente alla sua attività di *trustee*, rigettata dal giudice della precedente fase.

In particolare, in questa sede essi hanno chiesto la consegna:

- dell'estratto conto bancario relativo ai conti intestati al Trust Figli di M. C. S.;
- del rendiconto di gestione patrimoniale intestato come sopra;
- della corrispondenza con banche, legali, qualsiasi soggetto, in Italia od all'estero abbia intrattenuto un rapporto economico o professionale con il *trustee*;
- dei contratti stipulati quale *trustee*;
- dei mandati rilasciati quale *trustee*;
- delle fatture passive;
- delle ricevute di pagamenti effettuati;
- della contabilità, formale o meno, tenuta dal *trustee*.

Il reclamo è fondato e merita accoglimento.

È principio pacifico nel nostro ordinamento (oltre che in quello inglese) che chiunque amministri un patrimonio nell'interesse altrui (come un *trustee*) debba rendere il rendiconto ai beneficiari e, se

richiesto, debba fornire la documentazione in suo possesso necessaria a controllarne l'attività. Il diritto in questione, nella fattispecie, spetta al guardiano secondo l'atto istitutivo, ma, a maggior ragione, deve essere riconosciuto anche ai beneficiari (se, anzi, l'atto istitutivo del Trust avesse escluso tale diritto dei beneficiari, una simile disposizione sarebbe stata con evidenza illegittima).

Accertata la ricorrenza del *fumus boni iuris*, occorre sottolineare anche la presenza del *periculum in mora*. È chiaro, infatti, che la documentazione concernente l'attività di *trustee* compiuta da A. F. è essenziale per consentire ai beneficiari di conoscere in che modo sia stato gestito il Trust fino al momento della sua revoca e permettere al nuovo *trustee* (intervenuto nel presente giudizio) di potere svolgere in maniera adeguata il proprio incarico. In particolare, la circostanza che varie azioni giudiziarie siano state minacciate (quando non siano già in corso) con obiettivo i beni oggetto del Trust (circonstanza non contestata da A. F.) rende evidente la fondatezza del reclamo.

Ne consegue la revoca dell'ordinanza impugnata anche sul punto e l'ordine, nei confronti di A. F., di consegnare, a proprie spese, la documentazione chiesta da A. ed A. C. S.

7- Le spese della presente fase vanno compensate, sussistendo giusti motivi, ex art. 92 c.p.c., in ragione della complessità dell'accertamento e dell'accoglimento sia del reclamo di A. F. che di quello di A. ed A. C. S.

P.Q.M.

Il Collegio, visto l'art. 669 *terdecies* c.p.c.:

- in accoglimento del reclamo proposto da A. F., revoca l'autorizzazione del sequestro conservativo sui beni del medesimo A. F. contenuta nell'ordinanza emessa dal Tribunale di Velletri il 7 marzo 2005;

- in accoglimento del reclamo incidentale proposto da A. ed A. C. S. ed in revoca dell'ordinanza emessa dal Tribunale di Velletri il 7 marzo 2005, ordina ad A. F. di consegnare a proprie spese ai medesimi A. ed A. C. S. entro 30 giorni dalla comunicazione della presente ordinanza copia dei seguenti documenti:

- gli estratti conto bancari relativi ai conti correnti intestati al Trust Figli di M. C. S.;
 - il rendiconto della gestione patrimoniale relativa ai beni oggetto del Trust Figli di M. C. S.;
 - la corrispondenza intercorsa con banche, legali od altri soggetti che abbiano intrattenuto rapporti economici o professionali con il medesimo A. F. nella qualità di *trustee* del Trust Figli di M. C. S.;
 - i contratti stipulati quale *trustee*;
 - i mandati rilasciati quale *trustee*;
 - le fatture emesse quale *trustee*;
 - le ricevute dei pagamenti effettuati quale *trustee*;
 - la contabilità da lui eventualmente tenuta quale *trustee*.
- compensa integralmente fra le parti le spese di lite.

Omologato l'accordo di separazione consensuale dei coniugi che include l'istituzione di un trust

Italia – Tribunale di Milano

Separazione consensuale – figlia minorenni – abitazione familiare –
accordo di separazione – trust – omologazione

Tribunale di Milano, E. Siniscalchi, Pres. Rel., M.C. Canziani, N. Dell'Arciprete, 8 marzo 2005 [B. e M.]

Può essere omologato l'accordo di separazione consensuale dei coniugi nel quale sia contemplata l'istituzione di un trust avente ad oggetto un immobile, di proprietà esclusiva di uno di essi, segregato in favore della figlia minorenni.

Testo del Verbale e del Decreto di Omologazione della Separazione

TRIBUNALE DI MILANO

Verbale ai sensi dell'art. 711 Cod. Proc. Civ.

Oggi ... febbraio 2005 in Milano.

Innanzi al Presidente Dott. Ezio Siniscalchi.

A seguito di decreto di convocazione sono comparsi:

B., nato a ... il ... residente in Milano, Via ..., professione ..., titolo di studio ..., codice fiscale ...

e

M., nata a ... il ... residente in Milano, Via ..., professione ..., titolo di studio ..., codice fiscale ...

Coniugi sposati a Milano il ... in separazione di beni; con una figlia A. nata a Milano il ...

Il Presidente sente i coniugi e ne tenta la conciliazione, ma questa non riesce.

I coniugi dichiarano di volersi separare consensualmente alle seguenti condizioni:

Condizioni

1. I coniugi vivranno separati nel mutuo reciproco rispetto;

2. la figlia minore A. è affidata congiuntamente ai genitori e vivrà nell'alloggio di Milano via ... con la madre; il padre potrà vederla e tenerla con sé quando lo

desideri compatibilmente con gli impegni scolastici e non della figlia stessa e tenendo conto dell'organizzazione di vita della madre; in ogni caso, il padre potrà tenere con sé A. a week end alternati dal venerdì sera al lunedì mattina e per una notte infrasettimanale (mercoledì) dall'ora di cena al mattino dopo; per 15 giorni consecutivi durante le vacanze estive e per metà delle vacanze natalizie, fermo restando che ogni anno A. trascorrerà la notte tra il 24 e il 25/12 con la madre; i genitori assumeranno di volta in volta gli accordi per ulteriori periodi di vacanza; entrambi i genitori si impegnano ad evitare che la figlia sia posta in situazioni tali da compromettere la sua serena crescita e si obbligano a fare quanto è necessario perché le figure genitoriali siano mantenute presenti nella coscienza della minore;

3. il Signor B. per contribuire al mantenimento della figlia si obbliga a corrispondere alla madre Signora M. in via anticipata entro il giorno 5 di ogni mese, un assegno di € 1.350,00 (milletrecentocinquanta) onnicomprensivo di tutte le spese ordinarie; assegno soggetto a rivalutazione annuale istat; per le spese straordinarie i genitori assumeranno di volta in volta accordi per la ripartizione dell'onere;

4. il Signor B. si obbliga inoltre a farsi direttamente carico delle spese condominiali ordinarie e straordinarie, di ogni onere fiscale (ICI, TARSU, etc.) relativo all'unità immobiliare destinata ad abitazione principale della figlia A.;

5. il Signor B. si impegna a mantenere la copertura assicurativa per le prestazioni sanitarie provvedendo a farsi carico delle spese mediche per la figlia e al rimborso delle prestazioni sanitarie per la moglie;

6. inoltre, il Signor B., sul presupposto che

- desidera provvedere alle esigenze

abitative della figlia A. sino a che non avrà completato il ciclo di studi e avrà raggiunto l'autonomia economica;

- che l'unità immobiliare sita in Milano Via ..., di sua proprietà da epoca precedente al matrimonio, può allo stato soddisfare tale esigenze;

- nel contempo desidera separare dal proprio patrimonio tale bene per sottrarlo alle proprie vicende personali e successorie e, in generale, per poterlo segregare a tutti gli effetti al fine di trarre da esso utilità, sia direttamente sia indirettamente, da destinare alla figlia A. e alla madre finché convivente, e per poterlo poi in seguito trasferire a tempo debito alla medesima figlia A.;

considerato inoltre che:

- il rapporto giuridico che consente di realizzare tale finalità è il TRUST,

- al riconoscimento dei trust istituiti in Italia e sottoposti a una legge straniera si applicano le disposizioni della Convenzione de L'Aja del 1/7/1985, ratificata in forza della legge 16.10.1989 n. 364 ed entrata in vigore il 1/1/1992,

- si tratta di realizzare una esigenza meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico italiano, per cui non trova applicazione la riserva prevista dall'art. 13 della citata Convenzione,

- ai sensi dell'art. 6 della citata Convenzione il soggetto che istituisce un trust può scegliere la legge dalla quale il trust sarà disciplinato,

- il diritto inglese ammette la possibilità di vincolare beni in trust mediante di-

Nota:

Riproduciamo il testo del verbale e del decreto di omologazione della separazione dei coniugi dal loro originale.

Il decreto è commentato da M. Monegat, *infra*, 649.

Giurisprudenza

chiarazione unilaterale del Disponente, senza che ciò sia seguito da trasferimento dei beni a un terzo, cosicché il Disponente assuma egli stesso la qualifica di Trustee.

Tanto premesso e considerato il Signor B. d'ora in poi "Disponente", dichiara di istituire, e con il presente atto irrevocabilmente istituisce, il Trust denominato

TRUST A.

(d'ora in poi "Trust") regolato dalle seguenti disposizioni:

Art. 1 Finalità del Trust

A. La finalità del Trust è di soddisfare le esigenze abitative di A., figlia del Disponente e di trasferirle un immobile in piena proprietà al termine del Trust.

Art. 2 Beni in trust

A. Il Disponente vincola in trust l'immobile di sua esclusiva proprietà, costituito da appartamento ad uso abitazione di n. quattro vani oltre servizi e con annesso vano cantina posto al piano terzo dello stabile di Milano via ..., censito al N.C.E.U. del Comune di Milano come segue: ... - vani 4; immobile la cui costruzione è iniziata in data anteriore al primo settembre 1967.

B. Sono "Beni in trust" il suddetto immobile, ogni altro bene o diritto che il Disponente vincoli in trust, ogni reddito scaturente da tali beni e diritti, ogni loro trasformazione, permutazione, sostituzione, incremento, surrogazione.

Art. 3 Legge regolatrice del Trust

A. Il Trust è regolato dalla legge inglese. Essa è la legge applicabile al Trust, alla sua validità, alla sua amministrazione e all'interpretazione di queste disposizioni.

B. Peraltro, le obbligazioni e la responsabilità del Trustee sono disciplinate cumulativamente dalla legge inglese e dalla legge italiana.

C. Per l'applicazione della legge italiana il Trustee è considerato quale gestore di beni che, sebbene di sua proprietà, sono destinati a soddisfare esclusivamente interessi di terzi e a essere loro trasferiti al termine del trust.

D. La validità, l'efficacia e l'opponibilità degli atti del Trustee posti in essere in Italia o riguardanti beni immobili siti in Italia sono regolati dalla legge italiana.

Art. 4 Giurisdizione e competenza

A. Ogni controversia sulla validità o

gli effetti del Trust o sui diritti o obbligazioni di qualunque soggetto menzionato in questo Strumento è sottoposta esclusivamente alla magistratura italiana, foro di Milano.

B. Ogni procedimento perché siano date direttive al Trustee è proposto esclusivamente dinanzi alla magistratura italiana, foro di Milano; qualora essa declini di provvedere, alla magistratura inglese.

Art. 5 Durata del Trust

A. Il trust ha effetto:

- 1) dalla omologazione delle condizioni della separazione consensuale alle quali la presente istituzione di trust accede
- 2) fino al momento in cui:
 - i) A. compia 30 anni,
 - ii) ovvero, sia sopraggiunto il trentesimo compleanno di A. e A. non sia in vita.

Art. 6 Il Trustee e la successione nell'ufficio

A. Trustee del Trust è il Disponente.

B. In caso di sua morte, dimissioni o sopravvenuta incapacità:

- 1) Trustee è la Signora M., nata a Milano il ...
- 2) in mancanza, il Trustee è nominato dal Presidente del Collegio notarile di Milano.

C. Un Trustee che cessa dall'ufficio perde ogni diritto sui Beni in Trust in favore di colui o coloro che gli succedono nell'ufficio.

D. Chi cessa dall'ufficio:

- 1) pone in essere senza indugio ogni comportamento necessario per consentire al Trustee di esercitare i diritti spettanti al trustee sui Beni in trust;
- 2) consegna al Trustee i Beni in trust e ogni documento riguardante il Trust che sia in suo possesso, gli fornisce ogni ragguaglio il trustee gli richieda e in genere lo pone in grado, per quanto in suo potere, di prendere possesso dei beni in trust e di assolvere le obbligazioni inerenti l'ufficio;
- 3) può fare e trattenere copie dei documenti che consegna, ma unicamente per avvalersene in caso di azioni proposte contro di lui.

E. In caso di morte di un trustee i suddetti diritti e obbligazioni fanno capo ai suoi eredi.

Art. 7 Spettanza dei beni in trust

A. Sopraggiunto il termine finale del-

la Durata del Trust, i Beni in trust sono trasferiti di diritto a:

- 1) A. se vivente;
 - 2) altrimenti: al Disponente, se vivente;
 - 3) altrimenti: agli eredi legittimi del Disponente
- ai quali soltanto da quel momento appartengono.

B. Il Trustee cura qualunque trasferimento e adempimento necessario per rendere tale appartenenza giuridicamente opponibile ai terzi.

Art. 8 Poteri del Trustee

A. Il Trustee:

- 1) ha, rispetto ai Beni in trust, ogni potere e diritto del proprietario e quindi anche capacità processuale attiva e passiva;
- 2) può comparire nella sua qualità di trustee dinanzi a Notari e pubbliche autorità;
- 3) può rivolgersi all'Autorità Giudiziaria per ottenere direttive.

B. Il Trustee svolge le proprie funzioni personalmente.

Art. 9 Amministrazione del Trust

A. Il Trustee

- 1) destina l'immobile incluso fra i Beni in trust ad abitazione di A. e della mamma e, in caso di scomparsa di A. nel corso della durata del trust, della sola mamma, con esclusione di qualsiasi altra persona;
- 2) impiega qualsiasi altro Bene in trust a beneficio di A.

B. Qualora A. decida di trasferirsi in altra abitazione, la suddetta destinazione verrà meno e il Trustee provvederà come riterrà più opportuno per soddisfare le esigenze abitative di A.

Art. 10 Segregazione

A. Il Trustee tiene i Beni in trust separati sia dai propri che da qualunque altro bene del quale sia trustee o fiduciario e distintamente identificabile. Inoltre:

- 1) quando si tratti di beni iscritti in registri, pubblici o privati, il Trustee ne richiede l'iscrizione al proprio nome in qualità di trustee o in altro modo che palesi l'esistenza del Trust;
- 2) ogni conto bancario e ogni contratto stipulato dal Trustee sono al nome del Trustee nella sua qualità di trustee o in altro modo che palesi l'esistenza del Trust e ogni somma è depositata nei conti così denominati.

B. A. e la mamma possono chiedere che il giudice accerti che determinati beni o diritti sono inclusi fra i Beni in trust.

Art. 11 Conciliazione

A. Qualunque soggetto il quale vanti diritti in forza di questo Strumento è tenuto, prima di agire in giudizio per il loro accertamento o altra pronuncia, a richiedere al Presidente del Consiglio notarile di Milano la nomina di un conciliatore.

B. La parte istante espone le proprie ragioni al conciliatore, il quale

1) convoca gli altri soggetti interessati e ascoltatene le ragioni

2) acquisiti gli opportuni elementi di prova anche ascoltando persone informate sui fatti

3) illustra agli interessati il prevedibile andamento di una controversia giudiziaria e propone i termini di una conciliazione.

C. Ove la conciliazione abbia luogo, se ne dà atto in una scrittura privata sottoscritta dagli interessati e dal conciliatore.

D. Ove la conciliazione non abbia luogo, il conciliatore rilascia alla parte

istante una dichiarazione di infruttuoso esperimento della procedura di conciliazione.

E. Il conciliatore determina il proprio onorario, prima in via provvisoria e poi in via definitiva, che gli è corrisposto in uno o più versamenti secondo quanto egli indichi:

1) qualora la conciliazione non abbia luogo: dalla parte istante

2) altrimenti: secondo gli accordi raggiunti nel corso della conciliazione.

7. I coniugi dichiarano che le conseguenze patrimoniali della separazione sono regolamentate nel presente verbale e con l'istituzione del TRUST A.; si danno pertanto reciprocamente atto di aver definito ogni questione patrimoniale e di non aver nulla a che pretendere l'uno dall'altro, salvo quanto qui previsto e pattuito.

IL PRESIDENTE

Autorizza i coniugi a vivere separati alle condizioni sopra trascritte e ordina la rimessione degli atti al P.M. per il suo parere sulla omologazione.

**IL TRIBUNALE DI MILANO –
 Sezione IX Civile**

Riunito in Camera di Consiglio nelle persone dei Sigg.

Dott. E. Siniscalchi – Presidente Rel.

Dott.ssa M.C. Canziani – Giudice

Dott.ssa N. Dell'Arciprete – Giudice

Ha emesso il seguente decreto di omologazione della separazione personale consensuale fra i coniugi indicati nel verbale che precede.

Udita la relazione del Presidente; rilevato che nel verbale del 04/02/2005 i coniugi B. / M. hanno dichiarato di separarsi consensualmente alle condizioni ivi indicate; considerato che tali condizioni non trovano ostacolo nella legge e che le formalità prescritte sono state tutte osservate; visto l'art. 711 c.p.c.

Omologa

per ogni effetto di legge il verbale della separazione personale dei coniugi.

Ordina l'annotazione sull'atto di matrimonio.

Annulabilità dell'atto compiuto dal trustee che ignorava le conseguenze fiscali della sua azione

Inghilterra e Galles – High Court of Justice

“Power of appointment” – errore del trustee – maggior gravame fiscale – “Hastings-Bass principle” – applicabilità

High Court of Justice (Chancery Division), Mann, J., 25 febbraio 2005 [Burrell and another v Burrell and others]

Può trovare applicazione il c.d. “Hastings-Bass principle”, e conseguentemente può essere annullato il deed of appointment sottoscritto dai trustee di un trust senza la consapevolezza delle gravi conseguenze fiscali che sarebbero derivate dall'atto qualora, avendo tale consapevolezza, avrebbero posto in essere un atto diverso.

Sommario

Attori nel procedimento sono i trustee di un trust istituito nel 1996: essi promuovono l'azione affinché il giudice disponga l'annullamento di una parte del deed of appointment, da essi sottoscritto nel 2000, per mezzo del quale era stato scelto, secondo le indicazioni impartite dal disponente, il beneficiario dell'intero reddito prodotto dal trust. I trustee adducono di non aver valutato, considerato e tenuto conto del fatto che, per come era stato redatto l'atto, l'appointment così esercitato dava luogo a considerevoli responsabilità dal punto di vista fiscale. I trustee invocano l'applicazione del c. d. *Hastings-Bass principle*. Si tratta di un principio, enunciato dal giudice Buckley nell'omonimo procedimento, in base al quale il giudice non può intervenire sugli atti discrezionalmente compiuti dal trustee che abbia agito in buona fede, anche nel caso in cui da tali atti non siano derivati gli effetti desiderati, a meno che: 1) il trustee sia andato oltre il limite dei poteri attribuitigli dal trust, oppure 2) appaia chiaro che egli non avrebbe agito in quel modo se non avesse tenuto in considerazione elementi privi di rilievo o se avesse considerato elementi importanti(1).

I trustee, in particolare, sostengono di aver esercitato il *power of appointment* in

un momento in cui versavano in grave errore circa le conseguenze fiscali dell'operazione che si apprestavano a compiere, affermano che se fossero stati consci di tutto quanto ciò non avrebbero provveduto in tal modo e, conseguentemente, chiedono l'annullamento del deed.

I convenuti nel procedimento, ovvero tutti i potenziali beneficiari viventi nel momento in cui il *power of appointment* venne esercitato, non si oppongono alla richiesta dei trustee.

Il giudice adito, valutati i fatti e il comportamento degli attori, afferma che i trustee hanno sempre l'obbligo di considerare tutte le conseguenze che possono derivare dagli atti che compiono, ivi comprese, naturalmente, quelle di natura fiscale; la violazione di questo dovere comporta l'applicabilità del principio richiamato dagli stessi ricorrenti, l'*Hastings-Bass principle*, qualora sia evidente che essi non avrebbero agito nel modo incriminato se fossero stati coscienti delle relative conseguenze.

Questo essendo il principio generale, e accertato altresì che i trustee non avrebbero sottoscritto il deed of appointment se fossero stati a conoscenza dell'imposizione fiscale particolarmente gravosa che ne conseguiva, il giudice dispone il richiesto annullamento.

(E. B.)

Testo della Sentenza

The Nature of this Case

1. The claimants are the present trustees of a settlement made on 2nd May 1996; they were also the trustees in 2000, when the events central to this action took place. The defendants are all the persons living at the moment who are potential beneficiaries under that settlement (other

than those remotely interested). In this application the claimants seek to set aside part of a deed of appointment made on 26 November 2000 on the footing that they failed to appreciate, consider and take into account the fact that that appointment generated very considerable inheritance tax liabilities. They invoke what is sometimes known as the principle in *Hastings-Bass*, named after the case of that name ([1975] Ch 25).

The Facts

2. The first claimant is Mr Denis Burrell. He was formerly the chairman of a successful engineering company known as Martin-Baker (Engineering) Limited (“MBE”), and he was at all material times (and remains) a substantial shareholder in that company. In 1996, he wished to settle some of his shareholding on his family, and principally on his son Charles. He obtained tax advice from his accountant and legal advice from Messrs. Allen & Overy. I do not need to set out verbatim the terms of the settlement; it will be sufficient if I summarise them. In order to minimise the effects of inheritance tax, it was created as an accumulation and maintenance settlement so as to have the benefits of s.71 of the Inheritance Tax Act 1984 (which prevents a charge to tax

Note:

Riproduciamo il testo della sentenza da [2005] All ER (D) 351 (Feb).

(1) Sull'*Hastings-Bass principle*, v. *Abacus Trust Co (Isle of Man) and another v Barr and others*, in questa Rivista, 2004, 407; *Abacus Trust Company (Isle of Man) Ltd and another v National Society for the Prevention of Cruelty to Children*, in questa Rivista, 2003, 278. V. altresì M. Bridges, *Panorama di giurisprudenza recente sui trust*, *supra*, 523.

arising when a beneficiary acquires an interest in possession). Mr Burrell's only son Charles was to take an interest in possession in capital and income when he attained the age of 18, but until he reached the age of 35 that interest was liable to be divested by an appointment by the trustees (if they chose to make one) in favour of a "Wider Class" of beneficiaries, which included spouses, stepchildren and others. That power could not be exercised for at least one year after Charles' 18th birthday (apparently so there could be no doubt, for fiscal purposes, as to whether or not Charles was to acquire an interest in possession for the purposes of the legislation).

3. Charles attained the age of 18 on 24th November 1999. At that point he acquired his interest in possession. As his 19th birthday approached, his father became concerned that a dividend payment that MBE was intending to make would put Charles in possession of a sum of money which it was felt would be more than he should sensibly have at that age, and the same would apply from year to year thereafter. He arranged with the company that the declaration of that dividend (which was to be an interim dividend) should be delayed while he took steps to investigate and, if possible, sort out the position. The board of MBE took a decision that it would consider (if appropriate) and declare a dividend on 27 November 2000 - that gave Mr Burrell some sort of deadline. He spoke to his accountant about the matter, and shortly before the beginning of October 2000 he made contact with a partner at Allen & Overy, namely Mrs Ceris Gardner, about the possibility of restricting Charles' rights to income. On 4th October 2000 he wrote to her about apportioning the settlement income arising in Charles' 18th year, and he also suggested a trustees' meeting. On 16th October 2000 Mrs Gardner replied, and acknowledged there should be some form of resolution formally recording decisions about distributing income. She also acknowledged her belief that it was or might have been the intention of the trustees to restrict Charles' right to receive income, and if she was right, pointing out that it would be necessary to execute a power of appointment to that effect after his 19th birthday; she invited discussion of that.

4. Shortly after receiving that letter, Mr Burrell spoke to his co-trustee (the second claimant, his niece) and they both agreed that it was not in Charles' interests for him to be entitled to the full income from the trust at such a relatively young age. Mr Burrell communicated this to Mrs Gardner in a letter of 20th October and asked for a meeting to discuss the way forward. That meeting took place on 22nd November 2000 at the offices of Allen & Overy. Mr Burrell attended; the second claimant did not. Mr Burrell's wife attended, and on behalf of Allen & Overy Mrs Gardner attended with her assistant, Rebecca Shaw. They discussed the concern of the trustees that Charles should not receive the next dividend from MBE which was to be declared on 27th November. Mrs Gardner advised that this could be achieved by an exercise of the trustees' power of appointment after Charles' 19th birthday on 24th November and before the board meeting at which the dividend was to be declared. The deed of appointment would end his interest in possession. In a witness statement put before me, Mr Burrell says that he understood at the meeting that the assets would be the subject of two separate new trusts. Witness statements of Mrs Gardner and Miss Shaw indicate that that idea came later, at the drafting stage. Although there was no cross-examination on this issue, I think that the two solicitors are more likely to be correct about that. What seems to have happened is that during the course of the meeting Mrs Gardner suggested that the trustees could achieve their aims by ending Charles' interest in possession. Mrs Gardner seems to have had it in mind that that could be achieved by appointing the assets on new discretionary trusts. She made a note for herself which reads:

"[BPR - check relief applicable on transfer from Charles to discretionary trust.

Give note on CGT and IHT position]".

("BPR" stands for business property relief). This, she said, was a note to herself, and did not positively reflect the fact that she said something like that at the meeting. However, I think it likely that she mentioned discretionary trusts. Mr Burrell says that at the meeting he mentioned that the shares in MBE were, to his knowledge, capable of qualifying for

business property relief for inheritance tax and capital gains tax purposes. This was based on advice he had received some years before as to the nature of the shares. Mrs Gardner and Miss Shaw do not confirm that Mr Burrell said anything about that, but I find that he did.

5. The important thing that emerges from this stage of the proceedings is that tax implications were in the minds of the parties. There was no particular reference to tax beyond that made by Mr. Burrell, but I find that it was clearly in the minds of all participants at the meeting that the appointment of assets was to be done in such a way as did not attract a charge to inheritance tax so far as possible. So far as the Allen & Overy representatives are concerned, this clearly emerges from what happened next. After the meeting, Mrs Gardner asked Miss Shaw to draft a deed of appointment. They noted that the assets of the trust fell into two categories. The first was the shares in MBE - that was the bulk of the assets. The second was a much smaller amount of other assets comprising principally stock exchange quoted securities which had been bought out of accumulated income, together with a bit of cash. The solicitors realised that an appointment of that latter class on discretionary trusts would give rise to an immediate charge to inheritance tax, so they decided it would be better to appoint that latter class on accumulation and maintenance trusts, thereby avoiding an inheritance tax charge because of the provisions of section 3A(1)(c) of the Inheritance Tax Act 1984 provided Charles survived for seven years. Miss Shaw therefore set about drafting a second appointment relating to those assets. She explained this difference to Mr Burrell when she rang him on 24th November 2000 to arrange for execution of the deeds; Mr Burrell immediately agreed with the idea and accepted the point. No further research was done, nor was any further advice given, on the tax implications of the appointments that were about to take place save the advice which later appeared in a covering letter and save for a brief conversation between Miss Shaw and Mrs Sharman two days later.

6. The result of the drafting exercise was a deed of appointment which was

Giurisprudenza

sent out to the trustees for their consideration and execution. Miss Shaw sent out two engrossments. The first went out under cover of a letter of 24th November 2000, sent to Mrs Sharman. It was sent to her so that she and Mr Burrell could execute it if they thought fit. The letter summarised the main effects of the deed, saying that the MBE shares would be transferred to discretionary trusts primarily for the benefit of Charles and Mr Burrell's step-children, and the quoted shares and cash would be retained on accumulation and maintenance trusts until Charles' 25th birthday. There then follows a paragraph which says this:

"The reason that we have split the trust fund into two in this way is that, as I explained to Dennis this morning, the transfer of the quoted shares and cash to discretionary trusts would have unnecessarily given rise to an immediate inheritance tax charge."

The 24th November was a Friday. It is clear that a further engrossment was sent to Mrs Sharman on Sunday 26th November, and that that is the engrossment which was executed by the trustees. There is a conflict of evidence between Miss Shaw and Mrs Sharman as to what the reason for that was. Miss Shaw says that it was because she rang to check that the first engrossment had been received, and when she heard that it had not, she arranged for a second engrossment to be sent because of the urgency of the matter - the document had to be executed before the board meeting on the 27th. Mrs Sharman says that a second engrossment was sent because Miss Shaw had rung to say that there was a mistake in the first one and it should not be executed. It is not necessary for me to resolve this conflict. What I do find, on the basis of a witness statement from Mrs Sharman, is that she received a telephone call from Miss Shaw over that weekend during which she received a brief explanation of the appointment and its effect, and there was some reference to inheritance tax. She kept a note of this conversation which is a little garbled in its content, but it is clear that there was some reference to inheritance tax. The second engrossment was sent under cover of a letter dated 26th November, and that letter repeated the paragraph in the letter of 24th November which I have set out above.

7. Both claimants executed the second engrossment on either Sunday 26th November or Monday 27th November, but in any event before the relevant board meeting of MBE which duly declared the anticipated dividend. The document is actually dated 26th November 2000; neither Mr Burrell nor Mrs Sharman can remember whether it was actually executed on that date or the next day. I do not need to set out the provisions of that document verbatim. Its effect is that summarised above. The MBE shares (described as "the discretionary fund") were held on discretionary trusts for the benefit of the Wider Class, which included Charles and Mr Burrell's step-children. The discretionary trusts were to last until the day before Charles' 35th birthday. The other assets (shares and cash) were appointed so as to be held on the same accumulation and maintenance trust as affected the original fund immediately prior to Charles' 18th birthday, such trusts to last until the relevant beneficiary (which in practice meant Charles) attained the age of 25. It is unnecessary for me to set out any further details of the effects of that document.

The effect of the deed of appointment and the intentions of the trustees

8. This litigation arises out of the tax consequences of that deed of appointment which it is said were not contemplated by the trustees when they made their appointment. The inheritance tax position to which that deed gives rise is as follows.

9. Under s.49 of the Inheritance Tax Act 1984 ("the Act"):

"(i) A person beneficially entitled to an interest in possession in settled property shall be treated for the purposes of this Act as beneficially entitled to the property in which the interest subsists."

At the date of the deed of appointment Charles had such an interest. Accordingly, pursuant to s.52 of the Act, the coming to an end of his interest in possession when the deed of appointment takes effect would give rise to a transfer of value:

"52(1) Where at any time during the life of a person beneficially entitled to an interest in possession in settled property

his interest comes to an end, tax shall be charged [...] as if at that time he had made a transfer of value and the value transferred had been equal to the value of the property in which his interest then subsisted."

Insofar as the property passed into an accumulation and maintenance settlement trust within the meaning of s.71 (and the accumulation and maintenance trust created by the deed of appointment in this case fell within that section) then the deemed transfer of value was a potentially exempt transfer with the result that there will be no charge to inheritance tax provided that Charles survives for seven years - see s.3A(1)(c). However, that provision does not prevent a chargeable transfer (and a corresponding charge to inheritance tax) arising in relation to the appointment into the discretionary trusts. A different form of relief from tax was being contemplated in relation to those assets (namely the shares in MBE). By a combination of s.105(1)(bb) and s.122, the shares were of such a nature as to entitle them to attract business property relief from inheritance tax. Mr Burrell had previously been advised about this in 1995 prior to creating the settlement, and during the meeting with Mrs Gardner he referred to the fact that the shares as property qualified for that relief. However, in order to qualify, an additional requirement has to be fulfilled. Under s.106 relief is not available unless the shares have been held by the transferor for at least two years before the transfer. Charles was the deemed transferor for these purposes, and since his interest in possession arose only when he was 18, he had not fulfilled the requirement of holding them (in the deemed sense required by the statute) for the relevant period of two years by the time of the deed of appointment. Accordingly this form of relief was not available and the appointment into the discretionary trusts therefore gave rise to a substantial liability to inheritance tax in a sum between £ 800,000 and £ 1,470,000. This would be a very serious loss to the trust estate.

10. The trustees say that they did not appreciate that the deed of appointment would have this consequence, and had they known about it then they would not

have executed it. This state of mind, and perhaps the state of mind and acts of the solicitors, lies at the heart of the application before me, and so I need to make some findings about it.

11. Mr Burrell was clearly the driving force behind the deed of appointment. He had identified the undesirability (as he saw it) of Charles having too great an income at too early a stage in his life, and his co-trustee agreed with him. Before the settlement was created in 1996, Mr Burrell had taken tax advice from Allen & Overy and from his accountant. It was from that advice that Mr Burrell had understood (accurately) that the MBE shares qualified for business property relief so far as the nature of the company and its business were concerned. When he was seeking advice in relation to the deed of appointment he also recalled that there was a two year holding qualification, because his accountant had told him that in 1996, but he did not connect that advice with what could and could not be done to avoid paying inheritance tax on the execution of the deed of appointment. I find that when he made his remark about the shares being capable of qualifying for business property relief, he believed that all the conditions necessary to attract that relief were fulfilled. Mrs Gardner did not query that. She made the note that I have referred to above, but neither she nor Miss Shaw seem to have followed that note up fully. Miss Shaw seems to have considered some of the tax implications, because she realised that an accumulation and maintenance settlement was going to be required in respect of the non-MBE assets if an immediate charge to tax was to be avoided in respect of those assets. That can only have been on the basis of an assumption that tax would not be payable on the appointment of the MBE shares into the discretionary trust, and that in turn must have been because she, like Mrs Gardner, assumed that business property relief would be available and did not actually consider the question at, or after, the meeting with Mr Burrell. For her part, Mrs Sharman agreed with her co-trustee's aims, and relied on him to obtain advice as to the best method of achieving them. In her witness statement (untested by cross-examination) she describes how she was rung by Miss Shaw on Saturday 26th

November 2000. She says that what she remembers was that Miss Shaw explained to her how the deed of appointment would operate so that the trust could be rearranged to achieve what the trustees wanted without incurring a tax charge. She says she was expressly advised that the trust funds could be appointed into a discretionary trust and an accumulation and maintenance trust "with no adverse tax consequences". She made a manuscript note during that telephone conversation, and I have seen that note. The note records that she was told that there was a ten-yearly charge to inheritance tax on the property passing into the discretionary trust, and it records that inheritance tax would be avoided if there were an accumulation and maintenance settlement. There is a reference to "Denis" surviving for seven years; that makes no sense, and it must be a mistaken reference to the need for Charles to survive for seven years if a charge to tax was to be avoided in respect of the property passing into the accumulation and maintenance trusts. Although her note does not quite record advice as positive as that recorded in her witness statement, and despite the fact that Miss Shaw does not herself say that she told Mrs Sharman about the consequences for inheritance tax purposes of the deed of appointment, I am satisfied that the conversation that she had with Mrs Sharman left Mrs Sharman justifiably thinking that there would be no adverse inheritance tax consequences and that she certainly did not have the faintest idea that the tax consequences would be to lead to a liability of the magnitude that I have referred to above. I am also satisfied that the solicitors negligently failed to give full consideration to the tax consequences; the potential significance of this will appear below.

12. Accordingly, I am quite satisfied that neither of the trustees thought that a charge to tax would arise in respect of the deed of appointment (other than the potential charge which might arise if Charles does not survive for seven years after its date). Both trustees say that they would not have executed the deed of appointment had they known of the serious tax consequences of appointing into the discretionary trusts, and I accept that evidence.

The law and its application to the facts

13. Accordingly, the trustees say that they executed the deed of appointment in circumstances in which they were seriously mistaken as to the tax consequences of what they were doing. They also say, and I have found, that they would not have executed it had they appreciated those consequences, at least so far as the discretionary trusts are concerned. They therefore rely on what some people have come to call the principle in *Hastings-Bass*, and say that the deed of appointment should be set aside so far as it appoints on the discretionary trusts. In this they are supported by the other parties to this action, who are, or who represent, all those who may be beneficially entitled under the various trusts. Accordingly, although the defendants were represented by counsel, I did not hear any argument contrary to those advanced by Mr Nicholas Warren QC, who appeared for the trustees and who urged upon me that the principle applied with the consequence just referred to. Since the application has tax consequences (indeed, those consequences are the reasons why the application is made) the trustees gave notice to the Inland Revenue and invited it to be joined to the proceedings. I have seen correspondence with the Inland Revenue in which it indicated that it did not wish to be joined, but asked that the court's attention be drawn to the decision of Lightman J in *Abacus Trust Company (Isle of Man) v Barr* [2003] Ch 409. My attention was indeed drawn to that case, and Mr Warren thoroughly and fairly took me through a number of cases since the *Hastings-Bass* decision in which the apparent principle has been applied. It was necessary to look at those cases both in order to see the application of the principle and in order to consider the application of a limitation, or potential limitation, on the application of the principle which appears in the *Abacus* case.

14. The so-called principle in *Hastings-Bass* stems from the case of *In re Hastings-Bass, deceased* [1975] 1 Ch 25. In that case the Inland Revenue Commissioners sought to say that an appointment by trustees was invalid because the trustees did not direct their minds to certain aspects of the trusts

Giurisprudenza

created. This attack failed on the facts, but during the course of the judgment of the court Buckley LJ said:

“To sum up the preceding observations, in our judgment, where by the terms of a trust (as under section 32) a trustee is given a discretion as to some matter under which he acts in good faith, the court should not interfere with his action notwithstanding that it does not have the full effect which he intended, unless (1) what he has achieved is unauthorised by the power conferred upon him, or (2) it is clear that he would not have acted as he did (a) had he not taken into account considerations which he should not have taken into account, or (b) had he not failed to take into account considerations which he ought to have taken into account.”

15. That dictum was reformulated in a positive form in *Mettoy Pensions Trustees v Evans* [1990] 1WLR 1587 at page 1624B:

“I have come to the conclusion that there is a principle which may be labelled “the rule in *Hastings-Bass*.” I do not think that the application of that principle is confined, as Mr. Nugee suggested, to cases where an exercise by trustees of a discretion vested in them is partially ineffective because of some rule of law or because of some limit on their discretion which they overlooked. If, as I believe, the reason for the application of the principle is the failure by the trustees to take into account considerations that they ought to have taken into account, it cannot matter whether that failure is due to their having overlooked (or to their legal advisers having overlooked) some relevant rule of law or limit on their discretion, or is due to some other cause.

“For the principle to apply however, it is not enough that it should be shown that the trustees did not have a proper understanding of the effect of their act. It must also be clear that, had they had a proper understanding of it, they would not have acted as they did.”

In this case the exercise of the trustees’ discretion which it was sought to set aside was the discretion of pension fund trustees to amend the terms of the provisions governing their scheme. That particular claim failed on the facts, because Warner J found that it was not clear that the trustees would have acted

differently had they known that of which they were in fact ignorant.

16. The principle, whether in its negative form in *Hastings-Bass* or its positive form in *Mettoy*, is now clearly part of the law. It has been applied to impeach various decisions of trustees in pensions trust cases, and in other cases. Thus in *Stannard v Fisons Pension Trust Ltd* [1991] PLR 224 it was applied to set aside transfers from one pension fund to another because the trustees did not have proper regard to the effect that an up to date valuation would have on the decision to transfer. The case introduced a possible relaxation of Warner J’s requirement that it must be shown that the trustees would have acted differently by apparently requiring merely that they might have acted differently.

“39. In the upshot, in my judgment, it might materially have affected the Trustees’ decision in December 1982 if they had been properly informed as to the current value of the Fund and the implications of its value. Consequently, I would uphold the decision of the judge and dismiss this appeal” (per Dillon LJ).

17. In *Green v Cobham* [2002] STC 820 Jonathan Parker J had to consider the application of the principle in a case which, like the case before me, was one in which the trustees were said to have failed to take proper account of the tax consequences of their acts. In that case the trustees had dealt with income in a way which exposed the settlement to adverse capital gains tax consequences when, as happened, one of the trustees became technically non-resident for capital gains tax purposes. Jonathan Parker J found as a fact that the trustees did not appreciate the potential capital gains tax consequences of their acts and they would not have acted as they did had they been aware of them. He found that they would not under any circumstances have made an appointment which gave rise to any significant risk of the exposure of the settlement to that tax. In those circumstances he declared that the relevant act was an invalid exercise of the trustees’ power of appointment and was void in its entirety.

18. Patten J considered this decision when he was faced with a similar

application, based on a failure by trustees to take into account the fiscal consequences of their acts, in *Abacus Trust Company (Isle of Man) Ltd v NSPCC* [2001] STC 1344. Leading counsel had advised the trustees that, in order for a scheme to avoid attracting tax, a certain step should not be taken in a certain tax year. The trustees overlooked that and executed the relevant document in the “wrong” year. Patten J clearly found that the decision to execute the document on that date resulted from a failure to follow advice given to the trustees, and that had they applied their minds to that advice at the relevant time, the document would not have been executed on the day that it was. He then considered *Hastings-Bass* and *Mettoy* (see paragraphs 14 and 15). Having done that, he then dealt with the question of whether and to what extent a trustee who misjudges the fiscal consequences of his act can, upon discovering his mistake, resort to the *Hastings-Bass* principle in order to avoid the charge to tax which has occurred. Having set that question, Patten J then referred to *Green v Cobham* and at paragraph 16 came to this conclusion:

“That decision is clear authority that the trustees, when exercising powers of appointment, are bound to have regard to the fiscal consequences of their actions, and that where it can be demonstrated that a proper consideration of these matters would have led to the appointment not going ahead, the court is entitled to and should treat that as an invalid exercise of the power in the sense of it being void ab initio. Although the time may yet come when the limits of the *Hastings-Bass* principle fall to be determined by some higher court, I can see no reason on the authorities as they stand for not following the decision of Jonathan Parker J in *Green v Cobham*. The financial consequences for the beneficiaries of any intended exercise of a fiduciary power cannot be assessed without reference to the fiscal implications. The two seem to me inseparable. Therefore, if the effect of an intended appointment is likely to be to expose the fund or its beneficiaries to a significant charge to tax, that is something which the trustees have an obligation to consider when deciding whether it is proper to proceed with the

appointment. Once relevance is established, then a failure to take those matters into account must vitiate the exercise of the power unless (as in *Hastings-Bass* itself) it is clear that on a proper consideration of all relevant matters, the decision would still have been the same.”

Patten J then went on to find that it was clear that the trustees would not have acted as they did had they been aware of the fiscal consequences of their acts, and observed that the trustees were

“Obliged to ensure that in making the disposition [in question] they did not nullify the financial and fiscal effect of the earlier dispositions made at a time when they undoubtedly did owe a fiduciary duty to the settlor and the other family beneficiaries.”

His conclusion was that the deed of appointment in question was “invalid and of no effect”.

19. That decision stands as clear authority (if authority be required) for the proposition that trustees must consider the fiscal consequences of their acts, and that a failure to do so is capable of leading to the application of the *Hastings-Bass* principle if it is clear that they would not have acted as they did if they had appreciated the true fiscal position. In the last sentence of paragraph 16 of his judgment, Patten J might be thought to be suggesting that the burden is different from that suggested in *Hastings-Bass* and *Mettoy*, and indeed different from that suggested in *Stannard* (where the Court of Appeal indicate that it might be sufficient to prove that the trustees might have acted differently) but I do not think that it is likely that Patten J intended that result. It is not foreshadowed in any of the authorities he cited, and it is inconsistent with the first sentence of that paragraph.

20. That being the case, it is quite clear that, subject to a possible additional requirement suggested by *Abacus Trust Co (Isle of Man) v Barr* [2003] Ch 409, on the facts of the case before me the principle in *Hastings-Bass* would lead to the deed of appointment being declared to be invalid. It is clear that the trustees had to have fiscal implications in mind, and indeed it is clear that Mr Burrell had them in mind. It is equally clear that they did not give full and proper consideration to them, and it is clear

that had they done so they would not have acted as they did, and I so find. They had other courses open to them at the time. The first was to use an accumulation and maintenance settlement to cover the whole of the assets which were subject to the deed of appointment. The second was to wait for the requisite period of two years so that the MBE shares could qualify for relief. That might have meant Charles getting more money than the trustees wished him to have in the short term, but that would no doubt have seemed better to them than to incur large and otherwise pointless liabilities for tax. I am quite sure that they would not have executed the deed of appointment, at least so far as it created discretionary trusts, had they realised the fiscal effect of what they were doing.

21. I turn therefore to consider *Abacus Trust v Barr*. This was a decision of Lightman J. In that case trustees had a power of appointment in favour of certain discretionary beneficiaries. The settlor wished them to appoint 40% of the assets for the benefit of his two sons. He asked a representative of the trustees to convey that to the trustees. The representative misunderstood and conveyed a wish that 60% be thus appointed. The trustees considered the matter and made an appointment in those terms. The trustee (and the protector) thereafter applied to the court for a determination as to the validity of the appointment. Lightman J had many cases cited to him, including *Hastings-Bass*, *Mettoy* and *Stannard*. At paragraph 22 he turned to the issue as to the sufficiency of the erroneous belief of the trustee, and at paragraph 23 he introduced a hitherto unexpressed requirement for the application of the principle appearing in those cases. He said as follows:

“23. In my view it is not sufficient to bring the rule into play that the trustee made a mistake or by reason of ignorance or a mistake did not take into account a relevant consideration or took into account an irrelevant consideration. What has to be established is that the trustee in making his decision has, in the language of Warner J in *Mettoy Pension Trustees Ltd v Evans*, failed to consider what he was under a duty to consider. If the trustee has, in accordance with his duty, identified the relevant considerations and used all proper care and diligence in obtaining the

relevant information and advice relating to those considerations, the trustee can be in no breach of duty and its decision cannot be impugned merely because in fact that information turns out to be partial or incorrect.

[...]

24. In summary the rule affords to the beneficiaries the protection of a requirement that the trustee performs its duty in the exercising of its discretion, and a remedy in case of a default. In the absence of any such breach of duty, the rule does not afford the right to the trustee or any beneficiary to have a decision declared invalid because a trustee’s decision was in some way mistaken or has unforeseen and unpalatable consequences.”

The problem which faced those in that case who sought to challenge the trustee’s decision was that the trustee itself was not obviously personally in breach of any duty. It had addressed its mind to a relevant factor (the wishes of the settlor) and accurately took into account what it believed those wishes to be. The fact that it was wrong in its understanding of those wishes was not down to any personal breach of duty by it. However, Lightman J found that the trustee’s mistake was caused by the trustee’s representative (a Mr. Ward-Thompson) failing to transmit the settlor’s wishes accurately. That was a default on the part of the trustee sufficient to bring the principle into play.

“27. [...] In short, in the context of the relationships between the parties, it is I think plain that the fault in failing to consider the true wishes of the settlor with that of the trustee, its advisers and agents [...]. The trustee failed to take adequate measures to ensure that it received a correct rather than a garbled version of the settlor’s wishes. Mr Ward-Thompson was under the set-up in operation its appointed vehicle for the eliciting and transmitting of the settlor’s wishes to the trustee. The trustee is accordingly responsible for the default in this regard of Mr Ward-Thompson [...]. On the material before me [...] I am satisfied that the trustee failed in its fiduciary duty to ascertain the true wishes of the settlor to which the appointment was intended to give effect, and accordingly the rule is brought into play.”

Giurisprudenza

22. Thus the case might be said to introduce an additional requirement of a breach of duty or default on the part of the trustee or on the part of its advisers or agents if the principle in *Hastings-Bass* is to be invoked. In the case before me, Mr Warren was prepared to argue that that additional requirement is not justified as a matter of principle, is not required by any of the preceding authorities, and is actually inconsistent with them in that it is not always possible to identify a relevant default on the part of any of the trustees in all the authorities, and several of them formulate the principle without any reference to such an additional requirement. It may be that Mr Warren's arguments have some merit, but it is not necessary for me to deal with them in this particular case. For reasons that I will mention in a moment, Mr Warren can get home even applying the additional requirement enunciated by Lightman J. A full consideration of Mr Warren's submissions as to the correctness of the additional requirement would involve a full analysis of the true basis of the *Hastings-Bass* principle, and a further consideration of the extent to which it might be appropriate to impose some limits on the principle (a point which has apparently occurred to more than one judge who has had to consider it). It is neither necessary nor desirable for me to embark on such a consideration in the circumstances of this case.

23. The reason why it is not necessary for me to do so is that, applying the modified test propounded by Lightman J, the trustees in the case before me can still fulfil the requirements of the principle. In my view, both the trustees and their advisers were in breach of duty when they were considering the deed of appointment. Mrs Sharman never really addressed fiscal matters; she relied on others to do so. Mr Burrell was aware that there was a tax point, but relied at least in part on his own imperfect understanding of the position, failed to give clear instructions to his solicitors (or anyone else) to consider the matter, and failed to appreciate that he had not asked for, and was not in possession of, a full picture of the tax consequences of what was proposed. His advisers in this respect were Allen & Overy. They had no reason to suppose that the trustees were in

possession of proper tax advice, and probably had good reason to suppose that they were not. Their own notes indicated that the tax position had to be addressed, but both representatives of Allen & Overy omitted to do so. I expect it just got overlooked in the rush with which the trustees had presented them, but nevertheless, they should still have addressed the point. Accordingly, the default apparently required by Lightman J on his modification of the *Hastings-Bass* principle is present in this case.

24. In the circumstances all the requirements for impeaching the deed of appointment are fulfilled. The trustees failed to take a highly relevant consideration into account, and had they taken it into account they clearly would not have acted as they did (I do not need to consider whether "might not have acted" is sufficient). There was some discussion before me as to whether this rendered the decision void or voidable, but Mr Warren did not press for anything other than a declaration that the decision was pro tanto voidable, so the distinction is again something that I need not consider.

25. The last point that arises is the extent of the invalidity. The trustees are, and remain, entirely satisfied with what they did in relation to the non-MBE assets. They seek to have the deed of appointment avoided only in relation to the MBE shares. Whether or not a mistake by trustees can invalidate merely part of, as opposed to the whole of, their act was something on which Warner J commented in *Mettoy*. At page 1624H he commented on something that he called "Mr Nugee's 'all or nothing' argument". That is a reference to a submission recorded at page 1623C:

"Mr. Nugee further submitted that where the rule in *Hastings-Bass* applied [...] the whole of the purported exercise by the trustees of their discretion was void. It was not open to the court to set aside part of it and uphold the remainder."

At page 1624 Warner J dealt with that:

"Nor can I accept Mr Nugee's "all or nothing" argument. There may well be cases where the court, giving effect to the rule in *Hastings-Bass*, comes to the conclusion that, had the trustees not failed

to take into account considerations which they ought to have taken into account, they would not have acted as they did at all, but would either have done nothing or done something quite different. In such a case the court must declare void the whole of the purported exercise of the trustees' discretion. There may however be cases where the court is satisfied that the trustees would have acted in the same way but with, for instance, the omission of a particular provision in a deed. I do not see why, in such a case, the court should not declare only that provision void. It seems to me that the remedy to be adopted by the court must depend on the circumstances of each case."

Mr Warren drew my attention to certain passages on the excessive execution of a power in *Thomas on Powers* and demonstrated that it was possible to sever the good from the bad in certain circumstances. That is what Neuberger J did in *Besttrustees v Stuart* [2001] PLR 283. In that case Neuberger J was faced with a rule change in relation to a pension scheme which purported to be retrospective when there was no power for any change to have such effect. Neuberger J felt able to allow the change to stand prospectively from the date on which it was effected, and to leave the invalidity bearing only on the retrospective element. He did so relying on passages from *Thomas on Powers*. There is thus support for Warner J's partial invalidity approach. Since I am satisfied on the facts of this case that the trustees' decision in relation to the non-MBE shares would not have been affected by proper tax advice on the rest of the appointment, that part of the appointment can stand. I shall declare only the part relating to MBE shares to be invalid.

26. Accordingly, I shall grant the relief sought. I record one further fact for the sake of completeness. Having been advised that the 2000 deed of appointment was at least partially invalid, the trustees executed a further deed of appointment on 28 March 2002 which operates on the assumption that the earlier deed is indeed invalid. It is the trusts of that document (which also operates in relation to the non-MBE shares) which now operate in relation to the MBE shares in the light of my decision. I do not think I need to set out the terms of that deed.

Eliminazione dal “deed” di clausola fiscalmente svantaggiosa

Inghilterra e Galles – High Court of Justice

“Deed” – mancata corrispondenza alla volontà del disponente – vantaggi fiscali – rettifica giudiziale

High Court of Justice (Chancery Division), Rich, Q.C., 11 marzo 2004 [Kenneth Leslie Farmer v Carol Jean Sloan]

Deve essere rettificato il deed che non rispecchi la reale volontà della disponente in quanto il professionista incaricato di redigere l'atto vi ha incluso una clausola, senza che la disponente ne avesse fatto richiesta o comunque compreso le conseguenze legali, quando a causa di tale errore non sia più possibile conseguire il legittimo risparmio fiscale desiderato.

Sommario

In questa Rivista sono state pubblicate in più di una occasione sentenze rese da giudici chiamati a rettificare un atto facente trasparire una volontà differente da quella originariamente ed effettivamente manifestata da chi lo aveva sottoscritto(1). Anche nel caso qui riportato l'atto (il deed) sottoscritto dalla disponente non era conforme alle sue intenzioni.

Nel 1975 i coniugi Hubbard avevano sottoscritto testamenti reciproci (sul tema si v. M. Lupoi, I testamenti concordati nel diritto inglese e del Commonwealth, in questa Rivista, 2004, 5), disponendo dell'abitazione familiare e prevedendo che al decesso dell'ultimo di essi l'immobile sarebbe divenuto di proprietà della loro figlia, Mrs. Sloan. Deceduto il marito ed apertasi la successione in favore della moglie, appare da subito evidente che un secondo futuro passaggio di proprietà della casa avrebbe comportato eccessivi oneri fiscali.

L'esecutore testamentario del Sig. Hubbard viene dunque incaricato di far redigere un atto in virtù del quale l'immobile diventi immediatamente di proprietà di Mrs. Sloan, così conseguendo un legittimo e considerevole risparmio fiscale.

Al momento della redazione dell'atto, tuttavia, oltre a questa previsione viene inserita nel documento una seconda clau-

sola, su iniziativa del professionista che aveva redatto l'atto, con la quale si stabilisce che la Sig.ra Hubbard ha il diritto di vivere nell'abitazione gratuitamente fino alla sua morte e, comunque, fino a quando lo avesse desiderato.

Pochi giorni dopo aver sottoscritto questo deed, la Sig.ra Hubbard decede.

Sorge a questo punto un importante problema di natura fiscale legato proprio alla seconda clausola dell'atto. L'attribuzione alla signora del diritto di vivere gratuitamente nell'immobile ha fatto sorgere in suo favore un *life interest*, in relazione al quale ora sono dovute delle imposte successorie: ovvero, il desiderato risparmio fiscale che si voleva ottenere risulta pregiudicato. L'esecutore testamentario ricorre quindi al giudice affinché questi disponga la modificazione dell'atto.

Il giudice, accertata la reale volontà della disponente e della figlia, verificato che la previsione in discussione era il frutto dell'iniziativa di colui che aveva redatto l'atto, verificato altresì che le signore non avevano compreso le conseguenze legali del documento, poiché se così fosse stato avrebbero chiesto l'eliminazione della disposizione, dichiara la difformità di intenzioni e di conseguenza ordina la modifica del deed.

(E. B.)

Testo della Sentenza

[1] On 11 February 1975 Mr and Mrs Hubbard made wills leaving their whole estates to each other, providing that if the other did not survive the testator by one month, the estate should go to their daughter, Mrs Sloan. Each will, unbeknown to him, appointed Mr Farmer, an old family friend and their accountant, as executor.

[2] On Christmas Eve 2000 Mr Hubbard died aged 76. His estate included

the matrimonial home, Clevedon, in Epping Green, which was valued at £ 225,000; that is to say, just less than the then nil band for inheritance tax purposes.

[3] Mrs Hubbard was then 74 and in poor health, and would be dependent on her daughter, who lived on the opposite side of the river in Dartford, for care and attention. It therefore occurred to Mr Farmer to suggest to Mrs Hubbard that Clevedon should be passed directly to her daughter in order to save inheritance tax on Mrs Hubbard's death. She readily agreed to that suggestion before Mr Farmer met Mrs Sloan at the funeral on 2 January 2001. Mrs Sloan took that opportunity to ask Mr Farmer to make

Note:

In virtù dell'accordo di collaborazione intercorrente tra questa Rivista e Wills & Trusts Law Reports, riproduciamo il testo della sentenza da [2005] WTLR 521.

(1) V. le sentenze: *Eric Edward Houtung v Ho Yuen Ki and Others*, *infra*, 599; *In the matter of the Williams Jersey 1994 Trust*, in questa Rivista, 2004, 287; *Fleet National Bank v Edward Wajda*, in questa Rivista, 2002, 623; *E. Virginia Walker and another v E. Virginia Walker and others*, *ivi*, 620; *HSBC (HK) Limited v Secretary for Justice and others*, *ivi*, 463; *Frey v Royal Bank of Scotland (Nassau) Limited*, *ivi*, 461; *In the matter of the Peter Hynd "H" Settlement*, in questa Rivista, 2001, 586; *In the matter of the Richard Colin Douglas 1990 Settlement*, *ivi*, 583; *Neeley and others v Neeley and others*, *ivi*, 109; *N & N Representatives v Spread Trustees Company Limited and others*, in questa Rivista, 2000, 405; *In the matter of the Representation of Terence Augustine le Sueur and Raleigh Nominees Limited and In the matter of the Joseph Eagle 1989 Settlement dated 16 February 1989 Application by the Representatives for leave to rectify the Settlement*, *ivi*, 596.

Per un commento sul *power of rectification* del giudice v. M. Bridges, *Panorama di giurisprudenza recente sui trust supra*, 523; E. Barla De Guglielmi, *Manifestazione della volontà delle parti ed errore nella redazione dell'atto: l'intervento del giudice*, in questa Rivista, 2004, 556.

Giurisprudenza

that same suggestion to her mother which he had already made, because Mrs Sloan was shy of making it herself. I do not however take that shyness as a reason to believe that Mrs Hubbard was in any way distrustful of her or unwilling to rely upon her fair dealing and affection.

[4] In accordance with the agreement of Mrs Hubbard and her daughter, Mr Farmer on 12 April 2001 instructed Mr Davis, a solicitor in Epping, to prepare the necessary deed. After probate was granted on 14 June, Mr Farmer collected the deed as prepared by Mr Davis and arranged to meet Mrs Hubbard and Mrs Sloan and a witness at Clevedon on 22 June. Mrs Hubbard was by then living with her daughter, but came to stay at Clevedon when Mrs Hubbard attended hospital appointments.

The three parties duly executed the deed. It provided:

“1. In pursuance of the said desire to vary the Will of the Testator as agreed the Will shall be construed so as to have taken effect from the date of the death of the Testator as follows:

(a) The property comprising part of the Testator’s estate shall now pass absolutely to Mrs Sloan but in all other respects clause 2 of the said will is hereby confirmed”.

Clause 2 of the will had been that clause which left the whole estate to Mrs Sloan.

The “property” was defined as Clevedon.

[5] There is no sub-paragraph (b) in this clause of the deed, but clause 2 continues:

“It is hereby agreed that Mrs Hubbard shall be entitled to occupy the Property [ie Clevedon] rent free for the remainder of her life or until such time as she wishes to vacate the same”.

[6] Mr Farmer immediately sent the executed deed to the Inland Revenue, who however replied on 12 July:

“With regard to the deed of variation I can confirm that we are able to accept that s142(1) of the Inheritance Tax Act 1984 applies.

By this deed Mrs Hubbard now has a life interest in the property. This means that on her death this property would have to be aggregated with her Estate for

Inheritance Tax purposes and a form IHT100 would need to be submitted.

If Mrs Hubbard was to give up her right in her lifetime a potentially exempt transfer (PET) is made”.

This meant that the insertion of clause 2 had defeated the object of avoiding inheritance tax on the property as part of Mrs Hubbard’s estate upon her death.

[7] Mr Farmer therefore took that letter to Mr Davis. He did not however at that time discuss it either with Mrs Hubbard or with Mrs Sloan. Mrs Hubbard died on 23 July 2001; that is to say, just a month after the execution of the deed.

[8] In these proceedings Mr Farmer as executor both of Mr Hubbard, in which capacity he was a party to the deed, and as executor of Mrs Hubbard, who had herself signed it, seeks rectification of the deed to omit clause 2. Mrs Sloan as defendant of course supports that claim. The Inland Revenue, on being notified of the proceedings, wrote saying that they did not wish to be joined, but drawing attention to four authorities to which I must now briefly refer. I think it convenient to start with *Re Slocock’s Will Trusts* [1979] 1 All ER 358, where Graham J said at p363:

“The true principles governing these matters I conceive to be as follows. (1) The court has a discretion to rectify where it is satisfied that the document does not carry out the intention of the parties. This is the basic principle. (2) Parties are entitled to enter into any transaction which is legal and, in particular, are entitled to arrange their affairs to avoid payment of tax if they legitimately can [...]. (3) If a mistake is made in a document legitimately designed to avoid the payment of tax, there is no reason why it should not be corrected [...]. (4) As counsel for the trustees submitted, either *Whiteside v Whiteside* [[1949] 2 All ER 913] nor any other case contains anything which compels the court to the conclusion that rectification of the document should be refused where the sole purpose of seeking it is to enable the parties to obtain a legitimate fiscal advantage which it was their common intention to obtain at the time of the execution of the document”.

[9] Nonetheless, I was concerned that the decision in *Whiteside* might be held to deprive the court of jurisdiction in a case where no issue had arisen between the parties before Mrs Hubbard’s death and the effect of her death is to bring to an end the rights reserved by clause 2.

[10] The Court of Appeal in *Racal Group Services Ltd v Ashmore* [1995] STC 1151 at p1157 approved the summary of the authorities including *Whiteside* given by Vinelott J in the court below as follows:

“In my judgment the principle established by these cases is that the court will make an order for the rectification of a document if satisfied that it does not give effect to the true agreement or arrangement between the parties, or to the true intention of the grantor or covenantor and if satisfied that there is an issue, capable of being contested, between the parties or between a covenantor or a grantor and the person he intended to benefit, it being irrelevant first that rectification of the document is sought or consented to by them all, and second that rectification is desired because it has beneficial fiscal consequences. On the other hand, the court will not order rectification of the document as between the parties or as between the grantor or covenantor and an intended beneficiary, if their rights will be unaffected and if the only effect of the order will be to secure a fiscal benefit”.

[11] Mr Schaw Miller for the claimant contends that it is enough to found jurisdiction if rights could have been affected, and he refers to *Sherdley v Sherdley* [1986] 2 All ER 202 to which the Inland Revenue had also referred me. In that case Sir John Donaldson MR commented on *Whiteside* as follows at p208:

“When Evershed MR declined rectification in *Whiteside v Whiteside* [...] on the ground that “having regard to the rectification deed which followed and was a consequence of the absence of any issue at any time between the parties”, I do not understand him to have been referring to the absence of an adversarial issue, but to the facts that (a) there never was a case for rectification because the original deed recorded precisely what the parties

intended it to record and (b) the parties had already done what the court was being asked to order them to do. In such a situation an order by the court would either be a sham or at least the true nature of the transaction would be a ratification or approval by the court of a consensual agreement between parties who were *sui juris*, for which there was no need or jurisdiction”.

[12] Accordingly it is only, as Balcombe LJ put it at p212 “where [...] there has not and never has been an issue” that the court should not exercise its jurisdiction to make an order for rectification.

[13] I am therefore satisfied that if I am indeed satisfied that the document executed by the parties does not give effect to the true agreement between the parties, then the court does have jurisdiction to rectify it and should do so.

[14] The Inland Revenue referred me also to the decision of Graham J in *In Re Colebrook's Conveyances* [1972] 1 WLR 1397. But in view of the later Court of Appeal authority, I do not think it is necessary for me to refer to that authority in this judgment.

[15] Although the obtaining of fiscal advantage is no bar to rectification, it was accepted by the claimant and by the court in the Racial case at p1158G:

“[...] that the court cannot rectify a document merely on the ground that it failed to achieve the grantor’s fiscal objective”.

I must therefore be satisfied that the document did not give effect to the true agreement between the parties, rather than merely as to its failure to achieve its objective.

[16] Both Mr Farmer and Mr Davis gave evidence that it was no part of Mr Farmer’s instructions to Mr Davis to include a reservation of rights to Mrs Hubbard such as were included in clause 2 of the deed. Although Mr Farmer told me that when he first suggested the deed of variation to Mrs Hubbard, he had told her jokingly that if she did enter into it “Carol could kick her out at a moment’s notice”, I do not think that the question of whether there should be such a

reservation was ever considered, still less discussed, by any of the parties to the deed. Mr Farmer suggested that if it had been put to Mrs Hubbard that she had to choose between not being protected by such reservation and rendering the deed ineffective to avoid inheritance tax, she would not have asked for any reservation of rights. I think that that is probably right. She had moved to her daughter’s house after Mr Hubbard’s funeral, and came back to stay at Clevedon only with her daughter for one or two nights at a time in order to visit hospitals local to her home. Mr and Mrs Sloan were negotiating to buy a retirement flat for her in Dartford, and indeed put down a deposit on 6 July.

When, as was hoped, that flat became available in October, Mrs Hubbard would then move to the flat and vacate Clevedon which would then be sold by Mrs Sloan to finance the purchase of the flat. Before however those plans could be carried out, Mrs Hubbard died.

[17] Both Mr Farmer and Mrs Sloan confirm that before the deed was executed he read it over to the other two. Both Mr Farmer and Mrs Sloan understood what clause 2 said and meant and there was no reason to think that Mrs Hubbard did not also. It was, as I have said, the intention of Mrs Sloan and of her mother that she should be able to use the house until she moved to the retirement flat in a few months’ time. There was no particular reason why any party should regard the provision of a right to do what was intended in any case as contrary to their intentions, except that the reservation of such a right destroyed the effectiveness of the transaction to avoid inheritance tax on Mrs Hubbard’s death.

[18] The parties therefore agreed to this provision in ignorance of that effect. They were not advised as to that effect because Mr Davis was equally ignorant that that would be the effect of including such a provision. There is therefore no doubt that the clause was entered into by mistake, but it does not follow that it is contrary to the intention of the parties so as to entitle the court to rectify the deed.

[19] Mr Schaw Miller refers me to a dictum of Brightman J in *In Re Butlin’s*

Settlement Trusts [1976] 1 Ch 251 at p260, where he said:

“[...] rectification is available not only in a case where particular words have been added, omitted or wrongly written as the result of careless copying or the like. It is also available where the words of the document were purposely used but it was mistakenly considered that they bore a different meaning from their correct meaning as a matter of true construction. In such a case, which is the present case, the court will rectify the wording of the document so that it expresses the true intention [...]”.

[20] Although that was the case in *In Re Butlin’s Settlement*, it is not in my judgment the case in the case before me. The purpose of the use of the words in clause 2 of the deed stems not from any intention of the parties, but was that of Mr Davis as draftsman. He said he wished to protect Mrs Hubbard. The parties did not think that the words had a different meaning from any that they intended. Their mistake was as to the effect of the provision upon their main purpose, namely so to transfer the property as to take it out of Mrs Hubbard’s estate for inheritance tax purposes. Both Mr Farmer and Mrs Sloan told me that although they understood the words, they thought it was merely some “legal nicety” with no effect. That does not, in my judgment, bring it within the scope for rectification with which Brightman J was dealing in the passage which I have just cited.

[21] Mr Schaw Miller therefore refers me to *AMP (UK) Plc v Barker* [2001] WTLR 1237, where Lawrence Collins J addressed (at 1260B) the question:

“[...] whether the right to rectification is affected by the fact that the trustees and the Board sub-committee intended to pass, or consent to, the very wording in the resolution”.

He said it is plain that it is not so affected. He put it at 1260G that:

“The cases certainly establish that relief may be available if there is a mistake as to law or the legal consequences of an agreement or settlement [...]”.

But he added that in the case before him, Mr Simmonds QC:

“[...] ultimately accepted that, if there was a mistake, it was a mistake as to

Giurisprudenza

legal effect and not merely as to consequences”.

Accordingly, what is essential in this case, namely that a mistake as to legal consequence justifies rectification, goes beyond what was required in the decision of Lawrence Collins J in that case.

[22] Mr Schaw Miller next relies on the decision of Park J in *Tankel v Tankel* [1999] 1 FLR 676, where rectification was refused in circumstances which, as he contends, differ from those of the present case. The holding in that case is recorded as follows in the headnote:

“[...] rectification could only be ordered if the court was satisfied that the document which was executed differed by some reason of mistake from that which the settlor intended should be executed. It was not enough for the court to consider, as in this case it did, that it would have been better if the original document had been differently worded, or that the settlor would have altered the terms of the settlement had his attention been drawn to the consequences of a particular phrase. Rectification could have been ordered had there been evidence that the draftsman had departed from clear instructions in drafting the terms of the settlement, and might possibly have been justified by evidence that the provision excluding trustees from benefiting had been an individual foible of the draftsman, rather than based on precedent. It was with regret that the court concluded that the evidence in this case stopped far short of what would be required for rectification”.

[23] Clause 2 in the present deed was introduced by Mr Davis without instructions because he thought it necessary in order to protect Mrs Hubbard. That was not a necessity in the particular circumstances in which Mrs Hubbard in fact was. His opinion did not arise as a result of any instructions from Mr Farmer or any inquiry of Mrs Hubbard. I am inclined to think that Mr Davis’ concerns were justified to the extent that he ought not to have drafted the deed without clause 2 without himself explaining its effect to Mrs Hubbard. On the other hand that did not entitle him to include it without instructions. Nevertheless its inclusion of clause 2 was not, as I understood him, a foible of his own. It was probably based on some precedent and seemed to him to be appropriate because he did not realise its effect.

[24] Mr Farmer’s written note of instructions reads merely as follows:

“Bernard John Hubbard died 24/12/00.

Copy will enclosed.

Deed of variation required transferring the freehold of Clevedon [...] valued at £225,000 to daughter Mrs Carol Sloan [...] instead of Mrs Joan May Hubbard [...]”.

That note does not in terms refer to avoiding inheritance tax, but Mr Davis accepted in evidence to me that he knew that to be the objective of his instructions and Mr Farmer gave direct evidence that he told Mr Davis that that was the purpose of the deed of variation. Neither he nor the parties understood the

consequence of adding clause 2 to the deed was that he failed thereby to carry out his instructions to provide for the transfer of the property in order to exclude it from Mrs Hubbard’s estate.

[25] Before however I conclude that rectification is thereby justified, I must I think be satisfied that not only was that Mrs Hubbard’s intention as well as that of Mr Farmer and of Mrs Sloan, but also that if she had been advised that such objective was inconsistent with clause 2, whose effect I hold she must have understood, she would have deleted clause 2. For only on that basis can I conclude that she shared in a common mistake in executing the deed containing words which she understood, but whose legal consequences she did not intend.

[26] Having regard to the advanced state of the arrangements for the purchase of the retirement flat on her behalf, which culminated in the payment, only a fortnight after the execution of the deed, of a deposit by Mr and Mrs Sloan on the flat which Mrs Hubbard had already seen and approved, I have come to the conclusion that I should be satisfied that the draftsman, Mr Davis, did depart from clear instructions given on behalf of all three parties to the deed, and in including clause 2 he produced a document contrary to their true intentions.

[27] It is therefore appropriate to order rectification as asked and I shall make such order.

Revoca del trust e mancata indicazione nell'atto del relativo potere

Hong Kong – High Court

Trust auto-dichiarati – poteri di revoca del trust – raccomandazioni orali del disponente – “rectification” – “resulting trusts” – requisiti di forma per la disposizione di diritti equitativi

High Court of the Hong Kong Special Administrative Region – Court of First Instance, Hon Tang, J.A., 4 marzo 2005 [Eric Edward Hotung v Ho Yuen Ki and Others]

Il disponente non può revocare il trust, a meno che il potere di revoca sia previsto espressamente dall'atto istitutivo, ovvero che il tribunale ravvisi che esso corrisponde all'effettiva volontà originaria delle parti e rettifichi di conseguenza l'atto.

La dichiarazione unilaterale di trust da parte di un soggetto titolare del diritto legale ed equitativo su un bene non è soggetta ai requisiti di forma ad validitatem di cui alla sezione 53(1)(c) del Law of Property Act 1925.

Testo della Sentenza

1. The plaintiff, Mr Eric Edward Hotung, has eight children by his wife Patricia Ann Shea (“Mrs Hotung”). Their names and dates of birth appear below:

... “Michael”
... “Robert”
... “Eric”
... “Sean”
... “Anthony”
... “Mara”
... “Gabrielle”
... “Sheridan”

2. Anthony, Sean, Sheridan and Gabrielle are the 2(nd), 3(rd), 5(th) and 6(th) defendants respectively.

3. The 6(th) defendant has withdrawn her defence. So only three of the children are now involved in these proceedings.

4. The 1(st) defendant, Ho Yuen Ki, is the trustee of the so-called Ho Trusts. The beneficiaries of the Ho Trusts are the plaintiff's third, fourth and fifth sons,

namely Eric, Sean and Anthony (“the three sons”). The 1(st) defendant is a cousin of the plaintiff. The plaintiff is the father of two of her children.

5. The 4(th) defendant, Hillhead Limited (“Hillhead”), is the trustee of the so-called Hillhead Trusts. Hillhead was a service company used by Arthur Young & Co. As a result of various mergers, Arthur Young & Co. has become part of Ernst & Young. The beneficiaries of the Hillhead Trusts are his three daughters, Mara, Gabrielle, and Sheridan (“the daughters”).

6. I shall refer to the Ho and Hillhead Trusts collectively as the Trusts.

THE TRUSTS

7. The assets of the Trusts are shares in Hotung Enterprises Limited (“HEL”) and Hotung Investment (China) Limited (“HICL”). In particular, 20,004 shares in HEL and six shares in HICL. The 1(st) defendant and Hillhead each made two declarations of trusts.

8. The first dated 29 November 1979 in respect of 10,002 shares in HEL by which the 1(st) defendant declared that she held those shares upon trust for the three sons equally. Hillhead made a declaration of trust also dated 29 November 1979 in favour of the daughters in respect of 10,002 shares in HEL equally.

9. The Hillhead declarations of trusts were witnessed by Peter Mark, a well-known solicitor and director of some of the plaintiff's companies. Both the Ho and Hillhead declarations of trust were prepared by his firm.

10. There were also a declaration of trust made by the 1(st) defendant in respect of the three shares in HICL in favour of the three sons equally and a

declaration of trust made by Hillhead in respect of the three shares in HICL in favour of the daughters equally. They were both dated 6 February 1980. The declaration of trust executed by the 1(st) defendant was witnessed by Peter Mark. It is not known who prepared these declarations of trusts.

DEVOLUTION OF SHARES HEL

11. Prior to 17 September 1979, the authorised share capital of HEL was \$ 2 million divided into 20,000 shares of \$ 100 each. The 20,000 shares in HEL were held as to 19,999 thereof by the plaintiff, the remaining share was held by the 1(st) defendant. Although there was no declaration of trust, I am satisfied that the 1(st) defendant held her one share in trust for the plaintiff. By a resolution dated 17 September 1979, the authorised share capital of HEL was increased by the creation of a further 10 shares of \$ 100 each.

12. By a resolution of the board of HEL held on 17 September 1979 chaired by Peter Mark, it was resolved that the transfer of 10,002 shares by the plaintiff to Hillhead as well as the transfer of 9,997 shares by the plaintiff to the 1(st) defendant be approved and that: “the relative new share certificates be sealed and issued in connection therewith”. New share certificates were indeed issued to the 1(st) defendant and Hillhead dated 17 October 1979.

Nota:

Riproduciamo il testo della sentenza da [2005] 264 HKCU 1. Manca il “Sommario” poiché i fatti sono stati ampiamente narrati da P. Panico, *supra*, 558. Per precedenti in tema di *rectification v. supra*, p. 595, nota 1.

Giurisprudenza

13. At the same meeting, it was recorded that four shares of \$ 100 each allotted to the 1(st) defendant had been fully paid up for cash.

HICL

14. Prior to 28 September 1979, it had only two paid up shares. The board minutes of a meeting held on 28 September 1979 resolved that the transfer by Malcolm Anthony Barnett to the 1(st) defendant of one share and the transfer by Brian Henry Tisdall to the 1(st) defendant of one share in HICL be approved. Barnett and Tisdall held those shares for the plaintiff.

15. It was also resolved that four shares of \$ 50 each be allotted as fully paid up for cash and that three of these shares be allotted to Hillhead and one share to the 1(st) defendant.

16. It was also resolved that relative share certificates be sealed and issued in connection with both the transfer and the allotment. New certificates were duly issued dated 6 February 1980.

HILLHEAD MINUTES

17. To complete the corporate documents: there were minutes of (i) a meeting of the board of Hillhead on 17 October 1979, where it was resolved: "a trust deed in the attached form was tabled before the meeting and it was resolved that Mr Alan Hann ("Alan Hann") and Mr C.P. James be authorised to sign on the document under the common sealed of the company", (ii) a similar board minutes of a meeting held on 6 February 1980 in relation to a trust deed in respect of the three shares in HICL.

18. The trust deeds were the declarations of trusts referred to in paragraphs 8 and 10 above.

PLAINTIFF'S CASE

19. It is the plaintiff's case that the trusts that he intended to set up in favour of his children were subject to conditions. These conditions as pleaded in the plaintiff's Re-re-amended Statement of Claim in relation to the Ho Trusts were:

a. that the trusts would be subject to a power of revocation exercisable by the plaintiff during his lifetime and that the trustee would only be entitled to

distribute the shares to the sons in equal shares after the death of the plaintiff;

b. that during the lifetime of the plaintiff, the trustee was to hold and to deal with any income that may be derived from the shares, in the trustee's absolute discretion, by distributing the same to the plaintiff, his wife and the sons including his other two sons Robert and Eric (or any of them), or to accumulate the same; and

c. that the trustee was not to be concerned with and would be relieved of all duties regarding the management of the company to which the shares related.

20. It is the plaintiff's case that similar conditions were imposed in relation to the Hillhead Trusts save that the distribution of income was confined to the plaintiff, his wife and the daughters or any of them.

PLAINTIFF'S CLAIM

21. The plaintiff's claim for relief has been put on several bases in the Re-amended Statement of Claim: rectification, paragraph 18; mistake, paragraph 18A; and because the deeds did not accord with his intentions they ought to be set aside, paragraphs 17 and 18.

22. But the heart of the matter is: whether or not the plaintiff intended when the Trusts were established that they should be subject to all or some of these conditions, in particular, that they should be revocable. If so, whether, insofar as the declaration of trusts did not give effect to his intention, they ought to be set aside or rectified.

LARCO (CAP. 23)

23. In relation to these conditions, it did not matter exactly when or how the trusts were established. However by an amendment made on 26 November 2004, the plaintiff relied on section 6(1)(c) of the Law Amendment and Reform (Consolidation) Ordinance, Cap. 23 ("LARCO"). Section 6(1)(c) was in force in 1979/1980 although it has been since been repealed by Ordinance 62 of 1984. Section 6(1)(c) provided as follows:

"a disposition of an equitable interest or trust subsisting at the time of the disposition, shall be in writing signed by the person disposing of the same, or by his agent thereunto lawfully authorized in writing or by will".

Section 6(1)(c) was based on section 53(1)(c) of the Law of Property Act, 1925.

24. The LARCO point depended on whether at or immediately after the time of the transfer or allotment of shares to the 1(st) defendant and Hillhead, they held the shares on resulting trusts for the plaintiff. If they or either of them did then the declarations of trusts would have amounted to a disposition of an equitable interest within the meaning of section (6)(1)(c). Since neither the 1(st) defendant nor Hillhead who signed the trust deeds had been authorised in writing by the plaintiff to do so, the depositions were invalid. I will deal with this point separately later.

REVOCATION

25. By two deeds of revocation both dated 14 January 2004, the Trusts were revoked by the plaintiff. The recital of the two deeds of revocation are in substance the same. For convenience sake, I shall refer to the recitals in the deed of revocation in relation to the Ho Trusts.

"(A) By oral declaration made in or about 1979, the Settlor constituted Ho Yuen Ki ("the Trustee") trustee of certain property and directed the Trustee to hold the same upon certain trusts then specified for the benefit of three of his sons namely Michael Eric Hotung, Sea Eric Mclean Hotung and Anthony Eric Ryan Hotung but orally reserved to himself the power to revoke the trusts in whole or in part should he so think fit.

(B) The Trustee recorded the said trusts by two Declarations of Trusts respectively dated 29(th) November 1979 and 1980 without mentioning the power of revocation (but without being authorized by the Settlor to omit any reference to the same) but the Trustee affirmed the continuing control of the Settlor over the trusts (as intended to be achieved by his reservation of the power of revocation) by vesting the said deeds in the possession of the Settlor and allowing him to retain the same together with the certificate to the shares comprised in the said trusts".

THE LAW

(omissis)

34. It is obvious that evidence by a solicitor of what the settlor told him as to

his intention at or about the time of the establishment of the trust is admissible. I see no logical reason why evidence from the settlor of what he told the solicitor should not be admissible. So I approach the matter on the basis that the plaintiff's evidence of his intention at or about the time of the Trusts is admissible evidence. Naturally, such evidence must be scrutinized with such care as the circumstances require.

35. I do not believe it is disputed that the plaintiff had intended to give the beneficial interests in the shares to his children. The dispute is whether the gifts were subject to conditions, in particular, the condition of revocability. Nor am I concerned with uncommunicated intention. It is the plaintiff's case that he had communicated his intention to the trustees and possibly to Peter Mark who was in charge of the preparation of at least some of the trust deeds.

36. Mr McCoy accepted that I am entitled to approach the plaintiff's evidence and his case with caution. I must decide whether they are sufficiently cogent for me to act on them. I believe the authorities cited above support this approach.

BACKGROUND

37. The plaintiff was born on 8 June 1926. He is now 78 years old. Unfortunately, he suffers from bad health. He was 53 in 1979. Even then he was not in good health. Moreover, he had received death threats, it seems, because of his toughness as a businessman.

38. He is the grandson of Sir Robert Hotung. He came to his inheritance as a relatively young man. Sir Robert Hotung died in 1956 and his father Mr Edward Sai Kim Hotung died in 1957. So he inherited part of the vast fortune of his grandfather as well as part of his father's considerable estate.

39. The plaintiff was no idler. He was engaged in many different businesses including development of real estate, import and export, and trading in shares. It would appear that in the middle of 1960s, he had suffered some reverses of fortune but he was able to weather the storm because of his inheritance. By the

1970s, his business was steady and prosperous again and he had floated two companies, Hong Kong Development and Cosmopolitan Properties & Securities Limited ("Cosmopolitan"). His evidence is not very clear because when he was asked about his health in the 70's, he said words to the effect that one day he was looking at his fingers and thought that he would be happy to swap a finger to pay off debt. However, it seemed clear enough that by 1979/1980, he had recovered financially, although he said he had to work so hard that he became a wreck. He said that he was worried about his children and he wanted to protect his family.

40. So in 1978 he asked Mr Peter Vine, a well-known solicitor, to prepare a Will which he signed. Under the Will, he appointed his wife as sole executrix and trustee, and failing her, his "three oldest living sons who shall then have attained the age of 21 [...]". His residuary estate was to devolve "upon trust for such my children who shall survive me and attain the age of 21 years in equal shares as to the corpus thereof one-third thereof when each such child shall attain the age of 30, one-third thereof when each such child shall attain the age of 35 and the balance when each such child shall attain the age of 40 and as to the income thereof [...]". He also made careful and detail provisions which showed his care and concern for the welfare of his family. The only comment I wish to make about this Will is that it was such as one would expect a loving husband and father to make.

41. There is no evidence that this Will had been revoked prior to the establishment of the Trusts. Indeed there is no evidence whether this Will had been revoked prior to a later Will of the plaintiff, dated 3 October 2001, when he disinherited all his sons.

42. The plaintiff was asked in chief his reasons for establishing the Trusts. He said they were to be his second line of defence because one could never tell how trustees might behave and because he had been dissatisfied with professional trustees. He also said that the Trusts were to provide a "rapid deployment fund".

43. The plaintiff said his experience with professional trustees was unsatisfactory. I believe he was referring to the trustees of his grandfather's Will. His father had not appointed a professional trustee. I believe he was complaining about their deferring to his uncle. That may explain why in his 1978 Will, he appointed his wife and failing her, his adult sons, if any, as trustees of his Will.

44. According to the plaintiff, two of his sons, the two elders, had behaved badly because they were involved in a bar brawl in Wanchai so he decided when he set up the Ho Trusts that the beneficiaries should be the three younger boys who were then aged 16, 14 and 13 respectively.

45. The plaintiff also explained why there were two sets of trusts. He said he picked the 1(st) defendant because she was a brilliant businesswoman and that he wanted his sons to learn from her. However, he did not want her to be trustee for the daughters because that might hurt Mrs Hotung's feelings. He said that he spoke to the 1(st) defendant in his office at 10 Stanley Street and that he told her of the conditions quite briefly namely, that they were to be revocable at any time, they were to be secret, and income, if any, were distributable as and when needed. But as far as distribution was concerned, she could distribute not just to the three sons but also to his wife and himself. I believe also the other two sons.

46. As for the daughters he approached Mr Ronald Ho ("Ronald Ho"), his nephew, who was an accountant at Arthur Young & Co. He said he told Ronald Ho in his office that he wanted a secret trust with powers of revocation and that Ronald Ho told him that he had to report to his partners. He was told that a nominee company would be used as trustee and the company was Hillhead. The same conditions were imposed on Hillhead although the income, if any, were to be distributed, if necessary, to the daughters as well as Mrs Hotung and him. Hillhead was to have nothing to do with the management of HEL or HICL.

47. The plaintiff said that one Eric Machado who was his trusted assistant

Giurisprudenza

was asked to help. The plaintiff was unable to locate Eric Machado despite efforts to find him. There was some suggestion that the plaintiff had left it to Eric Machado to tell Peter Mark the conditions. Peter Mark was clear that he received no instructions from Eric Machado.

48. The plaintiff instructed Peter Mark to prepare the trust deeds. He said to the best of his memory or recollection he told Peter Mark the conditions. He said that when the trust documents were returned to him after execution, he only looked at them superficially. He also said that he had expected the conditions to be included in the trust deeds and that he had never authorised any of the trustees to execute a trust deed without those conditions.

49. The plaintiff also said he decided to come to the court to see where he stood after he was told about other proceedings (see paragraphs 62 to 69 below) brought by the children against the 1(st) and 4(th) defendants.

50. As I have said the plaintiff said he established the Trusts for the protection of his children and because he wanted a rapid deployment fund. When the plaintiff was asked by me how would the children know that a rapid deployment fund was available in case of need since the Trusts were to be kept secret from them, he said Peter Mark who had his ears close to the ground would tell him if any of his sons were to get into trouble. He also explained that in case he and Mrs Hotung were to be incapacitated the trustees would be able to help. It is obvious that the concept of a rapid deployment fund was an important reason for the establishment of the Trusts. If he had merely intended to make a revocable gift to take effect on death, he could do so by a will or a codicil. If he wanted to help his children during his lifetime, he could do so, even without the Trusts.

HAD THE PLAINTIFF TOLD PETER MARK?

51. Peter Mark was a good friend. It is common ground that Peter Mark was a competent solicitor. Peter Mark was also a director in a number of the plaintiff's companies, including listed companies.

52. Peter Mark said that although he might have taken instructions from the plaintiff over a cup of tea, he would normally record the instructions on an internal memo and pass it on to one of his assistants.

53. There was no reason why the plaintiff should not have told Peter Mark. Particularly, having regard to his idea of the rapid deployment fund and his belief that Peter Mark had his ears close to the ground.

54. Peter Mark said he did not remember being told. I believe he had not been told. Had he been told, I find it inconceivable that he would have made no reference to these conditions in the declaration of trusts. Although the Trusts were to be kept secret from the children, there was no suggestion that the conditions themselves should not appear on the face of the declaration of trusts. Indeed, the plaintiff's evidence was to the contrary. As a competent solicitor, he would have recorded the conditions in the declaration of trusts especially the conditions under which the trustees were given power to use the income of the trusts, if any, for the benefit of persons other than the beneficiaries. If Mr and Mrs Hotung were incapacitated, the trustees would be unprotected if they allow income to be used their benefit should they not recover from their incapacity.

55. As for the plaintiff's evidence regarding Peter Mark, Mr McCoy reminded me that in the plaintiff's first witness statement, he said:

"31. I could not recall the exact instructions I gave to Peter Mark for the preparation of the trust documents except that I said I wanted the trust documents to be simple. I had not informed Peter Mark about the conditions I wished to impose on the trusts because I thought the trusts would be kept secret from my children during my lifetime and those conditions and terms I would like to impose (such as my right of revocation or the trustees not being required to manage the business of HEL and HICL) would no longer be relevant after my death. In any event, I also retained the power to revoke the trusts".

56. But in the transcript of his oral

evidence in the afternoon of 12 January 2005, at page 5 this is recorded:

"Q. And did you tell Peter Mark about the conditions you'd imposed on the trustees?

A. Yes, I said that, to the best of my memory.

COURT: You said you did.

A. To the best of my memory".

57. The discrepancy between the plaintiff's witness statement and his oral evidence supports caution when I come to assess the reliability of the plaintiff's recollection.

58. I believe the plaintiff had not told Peter Mark the conditions. I do not believe he left it to Eric Machado to tell Peter Mark the conditions. I believe the fact that he had not told Peter Mark cast doubt on whether he really had the conditions in mind at the time. I believe, had he intended the Trusts to be subject to these conditions, he would not have failed to tell Peter Mark.

RONALD HO AND ALAN HANN

59. The plaintiff said he told Ronald Ho and Alan Hann the conditions. Both Ronald Ho and Alan Hann were called as witnesses.

60. Ronald Ho is the nephew of the plaintiff. He is the grandson of the adoptive son of Sir Robert Hotung. He is a chartered accountant. In 1979, he was an audit manager at Arthur Young & Co. He retired in 2002. By that time, Arthur Young & Co. had become part of Ernst & Young. In 1979, he was in charge of the audit of Cosmopolitan. He was reporting to Alan Hann who was the managing partner.

61. Ronald Ho gave his evidence in a narrative form. I told him I was more interested in the actual conversation that he had with the plaintiff. He said he would try his best to recollect and this is the transcript of his evidence:

"A. Yes. Basically Mr Hotung says he wanted to set up a trust for his daughters and he would have total control of the trusts and the trust would be a secret trust, not to be divulged to anybody until his demise.

COURT: And were these the words used by Mr Hotung?

A. Yes. But if he didn't use the word "demise" but used this word "until my death".

Q. And you recall where this conversation took place?

A. In the Stanley Street headquarters of Cosmopolitan Group.

Q. And are you able to remember approximately when it took place?

A. Some time in 79, I cannot remember the exact month or date".

And then at page 24 of the transcript of his evidence of 18 January 2005, he said:

"Q. Well, for whatever reason he did that, what is your evidence as to revocation being imposed as a condition of the trust when it was formed in 1979?

A. Mr Hotung wanted ultimate control, including revocation - total control of the trust. As I said, once the package of documents which includes the declaration of trust, the instrument of transfer signed blank and bought and sold note and the share certificates returned to the client, our service would have come to a conclusion.

Q. And what you've just described was the normal practice that your firm would carry in just these cases.

A. Yes.

COURT: Now, when you said he wanted ultimate control, including revocation, earlier in your evidence you did not say that he mentioned revocation.

A. I - - maybe I did not say he wanted revocation, but his instruction clearly include that he wants ultimate control and for [...].

COURT: Now, I understand, but - - and then what effect it may have as a matter of law is of course something that we have to decide in due course.

A. M'mm.

COURT: So I'm more interested in exactly what it was that he said to you rather than any gloss that you might put on it, do you see what I mean?

A. He said he wants to have ultimate control.

COURT: Ultimate control. Good, yes. That I understand. He wanted ultimate control.

Q. I'm going to ask you, did he use the expression - his Lordship's asked you questions about this - did he use the expression "revocation" at all, the phrase "revocation"?

A. I can't remember whether he used

the word "revocation". But by the fact that he stressed on ultimate control, I take it that it includes transferring the shares to some other parties including himself, and to me that's a complete - - it would completely nullify the trust".

(omissis)

80. However, Ronald Ho supported the evidence of the plaintiff on the first condition.

81. Mr McCoy said that the conditions do not have to succeed or fail together. Strictly speaking, that is right. However, given the fact that according to the plaintiff, the purpose of the Trusts was to establish a rapid deployment fund, it would make no sense if he had not made known this condition to Ronald Ho. But, as will be seen later, Alan Hann was also unaware of this condition.

82. As for Ronald Ho's evidence on revocability, I believe it is more probable that he had confused control with revocability. I do not believe he was ever told by the plaintiff that the plaintiff wanted to have the power to revoke the Hillhead trusts. Mr McCoy said that the plaintiff might not have used the words, "revoke" but that he would have used other "lay" expressions. Even so, I do not believe that any such intention was ever conveyed.

83. I do not doubt Ronald Ho's honesty. Indeed, that was never challenged. But after a lapse of 26 years, I do not believe his recollection on this vital issue is reliable enough for me to act on it. I am not satisfied that his oral evidence has provided me with a sufficiently clear or convincing basis to find that the plaintiff had told him of his intention to retain a power of revocation. I believe it is more likely that insofar as Ronald Ho's evidence was to that effect, it was the result of an inference drawn by him based on his belief that all the documents including blank instruments of transfer had been given to the plaintiff.

ALAN HANN

84. Mr McCoy realised the vulnerability of Ronald Ho's evidence. That is why in his final submission he laid particular emphasis on Alan Hann's

evidence. He made the valid point that if I was sufficiently satisfied with Alan Hann's evidence, that was enough.

85. I have considered his evidence with care. He said that he did not remember being given any instructions as to the payment of dividends or interests, either from the plaintiff or anyone else. In other words, no recollection of the second condition at all. He also said that it was the practice of Arthur Young & Co. at the time to make a record in Hillhead's files of any particular specific wishes and understandings, pertaining to any of the trusts set up where Hillhead was a trustee and party. Also that they would have been recorded in the minutes book behind the minutes.

86. He said under cross-examination that he was contacted in December 2003 and January 2004 by Simmons & Simmons who were acting for Hillhead and he said he recollected two or three phone calls from Henry Ong.

"Q. I think you were contacted in both December 2003 and January 2004 by Simmons & Simmons, that is the solicitors for Hillhead. Did you mention these oral conditions at that time to Simmons & Simmons?

A. Now, my recollection of the - - I think there are two or three phone calls from a Mr Henry Ong. My recollection of those discussions was that I would need time to allow me to recollect as best as I could the circumstances surrounding the two trusts. And I think before I could go back to Henry, the question of my drawing up an affidavit came about and, therefore, the affidavit needed my attention. It took time to produce that accurately. And, ultimately, that affidavit was copied to Simmons & Simmons, as I recollect it.

Q. When did the clouds part and your recollection become as clear as it is today?

A. Well, when you say "as clear as it is today", it would suggest that you're saying it's crystal clear. It is not. It is to the best of my recollection. Each - - everything that I am saying is subject to that comment. It can only be something of that 20 years' duration".

And later, in his evidence, he said:

"I was not bound to reveal them (Simmons & Simmons) to anybody until I had completed my recollections, which

Giurisprudenza

were formulated into the affidavit that I'd signed. I think as much as we're dealing with something that is in excess of 20 years ago, one needs to do some ferreting around before just giving an off-the-cuff reaction to a question asked over the telephone out of blue".

87. I am satisfied that he tried his best to recollect the events of 26 years ago. He too had been separately represented. He also had the plaintiff's indemnity. His lawyer's fees were paid for by the plaintiff. He was also paid professional remuneration for the time he had taken in preparing his witness statements, giving evidence and debriefing after his testimony. On top of his lawyer's fees, he was paid \$ 274,000. This gives some idea of the time he required for recollection before he could give evidence.

88. It is understandable that after so many years Alan Hann needed time to complete his recollection. The result, of course, can be perfectly reliable evidence.

89. He also said that he had personal knowledge or experience of some 40 or 50 trusts which were set up by Hillhead. There might have been other trusts set up by other partners and that in almost all of them, the control would revert to the settlor and that he did not remember any case where Hillhead was actually trustee in a proper sense, for example, with duties or powers.

90. He also explained in chief, why he was able to recall.

"Q. May I ask why it is that you are able to recall him imposing these specific pre-conditions on you?

A. Well, it is, as I mentioned right at the beginning, to the best of my recollection. But the facts surrounding the setting up of the trust, the documentation that I see in front of me, and various other supporting information, and the knowledge that a number of trusts were set up in exactly this manner throughout the office in Hong Kong, during the period that I was there, lead me to believe that my recollections are, to the best of my knowledge, true and fair".

91. Alan Hann's evidence was that in the trusts which had set up by him, the

documentation would normally include a blank signed instrument of transfer and this is what he said at page 7 of the transcript:

"Q. And you have already indicated that the majority of the trusts that Hillhead was trustee for contained some power of revocation. Was that orally imposed, or would that be in written trust document?

A. Typically, it was not in the written trust document. It was understood by virtue of the fact that the documentation would normally include a blank signed Instrument of Transfer over the shares which were the subject of the trust, which, of course, gives the holder of that document a revocability power".

92. Alan Hann did not say he had any particular reason to recall the Hillhead Trusts. According to him, the assets were small. I believe he probably inferred from the fact that it was the normal practice of Hillhead, indeed of Arthur Young & Co., to provide the settlor with blank instruments of transfer, thereby giving the settlor the ability to transfer the shares to anyone he pleased, that the plaintiff intended to retain a power of revocation.

93. I am not satisfied that Alan Hann's recollection is reliable enough for me to conclude that the plaintiff had made known his intention to him that the Hillhead Trusts were intended to be revocable.

94. I have noted Mr McCoy's point that the conditions need not succeed or fail together. That is correct. But I am not satisfied that I can rely on Alan Hann's evidence about the first condition.

THE 1(ST) DEFENDANT

95. She is in bad health. I permitted her to give evidence by video link from her home. During her evidence, it was obvious that she was not following the proceedings very well. Although she had given a statutory declaration in December 2002 when her health and presumably memory was better, I do not think I can rely on her evidence. There was little cross-examination of her, which was understandable, having regard to her health and obvious difficulty in following the questions.

BLANK INSTRUMENTS OF TRANSFER

96. In 1998 the plaintiff by his assistant, Mrs Patricia Will ("Mrs Will"), requested Ronald Ho or Hillhead to provide them with blank instrument of transfer in relation to the shares in HICL. Hillhead was prepared to provide blank instrument of transfer provided that the daughters were willing to give them an indemnity. Indemnities were duly given by the daughters at the request of the plaintiff. The indemnities as drafted were given on the basis that there had been earlier blank instrument of transfer which had been lost or mislaid and that the daughters agreed to indemnify Hillhead against any improper use of the earlier instrument of transfer.

97. The evidence is not very clear how or when the plaintiff became aware or thought that there were earlier blank instruments of transfer or how and when, if there were such blank instruments of transfer, they had become lost. There has been a faint suggestion, both by the plaintiff as well as Mrs Will, that they might have been purloined, to use the word of the plaintiff, by one of the sons.

98. Mr McCoy accepted that there was no evidence that any of the sons had done so. There were other serious allegations by the father and some of the children in their witness statements. Happily, these allegations were not given in evidence before me and I can ignore them.

99. It is clear from the evidence that the plaintiff's control of important documents was inadequate. Thus, Hillhead's trust deed of 29 November 1979 was in the custody of Johnson Stokes & Masters ("JSM") although neither JSM nor the plaintiff could remember when, how or by whom, that document was given into JSM's custody.

100. It was Alan Hann's evidence that, it was the normal practice of Arthur Young & Co. as well as his own normal practice, when Hillhead was used as a nominee shareholder, for blank instruments of transfer to be provided to the settlor. In its simplest form, a client would cause shares to be transferred to Hillhead to hold on trust for the

transferor. Ronald Ho said this was very often done by multinationals. The nominee would hold on a resulting trust anyway. But the nominee would make a declaration of trust. For companies, such as Hillhead, they would also execute blank instruments of transfer, bought and sold notes, so that the shares could be transferred to whomever the transferor pleased without further reference to Hillhead.

101. In answer to a question by me, Ronald Ho said that he told the plaintiff that “the trust will be set up and he will be in possession of all the controlling documents so that he can execute the transfer, whatever, however, and to whoever he wants to”.

102. Be that as it may, Mr McCoy accepted that even if the plaintiff wanted ultimate control, that was not necessarily the same as reserving to himself the power of revocation. Control would be consistent with a power of revocation but does not necessarily give such a power. Indeed, one could have the power of revocation without control. A settlor could reserve to himself an express power of revocation whilst at the same time leaving control in the hands of the trustees.

103. Here there was no express power of revocation, so unless the plaintiff actually intended to reserve to himself a power of revocation and that is proved and accepted by the court, no power to revoke can arise.

104. Here, the Trusts were kept secret from the children for many years. The daughters learned about the Hillhead Trusts in 1998 because of Hillhead's requirement for indemnity. According to Anthony (who gave evidence), Sean learned of the Ho Trusts from Gabrielle. The secrecy is consistent with a power of revocation. But it is not necessary or enough to establish a power of revocation. However, it is part of the circumstances which I must take into consideration.

105. But were blank instruments of transfer provided to the plaintiff? That was the evidence of both Alan Hann and Ronald Ho. Their evidence seemed to be

based on their understanding of the normal practice, rather than on any personal recollection. According to Alan Hann, there should have been some written record of the fact that blank instruments of transfer had been provided but no such written record has been found.

106. There are two documents from Hillhead which may have some bearing on this. First, a letter dated 28 February 1980, signed by Alan Hann and addressed to the plaintiff:

“As requested, I enclose herewith the following documents in respect of Hotung Investment (China) Limited for your safe custody:-

1. Declaration of Trust executed by Madam Ho Yuen Ki together with Share Certificate No. -1- for 3 shares held in trust for Michael Eric Hotung, Sean Eric Mclean Hotung and Anthony Eric Ryan Hotung.

2. Declaration of Trust executed by Hillhead Limited together with Share Certificate No. -2- for 3 shares held in trust for Mara Tegwen Hotung, Gabrielle Marie Hotung and Sheridan Patricia Hotung.

Kindly acknowledge receipt by signing and returning the attached copy of this letter to us”.

107. The other letter is a letter dated 5 September 1983 from Tenby Company Limited (“Tenby”). It covered the shares in HEL. Otherwise, it was similar in terms to the letter of 28 February 1980. So far as the letter of 5 September 1983 was concerned, it might have been written in response to a letter which is undated but signed by Mr Ricky Chan, an employee of the plaintiff's companies, which asked for the share certificates and declarations of trust in relation to HEL.

108. The evidence of Alan Hann is that he would expect the blank instruments of transfer together with the board and sold notes to have been supplied together with the letter of 28 February 1980. He could not explain why there was no reference to the blank instrument of transfer in the letter of 28 February 1980 which was signed by him. He also said that there should have been a written record somewhere but no such record has been found. The letter dated

28 February 1980 was very close to the date of the declaration of trusts which was 6 February 1980. The fact that there was no reference to blank instruments of transfer suggests that they had not been supplied together with the letter of 28 February 1980. There is no evidence as to when, if ever, blank instruments of transfer were supplied.

109. So far as the shares in HEL were concerned, the only letter showing that the declaration of trusts and relevant share certificates were supplied is the letter dated 5 September 1983 by Tenby. Again, there was no reference to any blank instrument of transfer. Tenby was a service company for Hillhead and that is why the letter dated 5 September 1983 was written in the name of Tenby.

110. I also note that in both letters Hillhead and Tenby were sending to the plaintiff not just the Hillhead's declaration of trust and the associated share certificates, but they were also sending to the plaintiff the Ho declarations of trusts together with the relevant share certificates. There is no evidence when and how the Ho declarations of trust and the share certificates were supplied to Hillhead.

111. Mr Yin, counsel for the 1(st) defendant, in his argument suggested in relation to the letter of 5 September 1983 that there might have been an earlier occasion when the relevant documents were sent to the plaintiff but that they were subsequently returned, and that the letter of 5 September 1983 showed their return to the plaintiff. But this is pure speculation. That is no evidence to that effect.

112. There is also a letter dated 22 February 1990 from Ernst & Young to Cosmopolitan (attention Mrs Patricia Will). It reads as follows:

“RE: HOTUNG INVESTMENT (CHINA) LTD.

HOTUNG ENTERPRISES LTD.

Further to our telephone conversation this morning, I enclose some correspondence in relation to the above two companies for your kind attention. As you can see, both the Declarations of Trusts and the Share Certificates were forwarded to the companies for their safe

Giurisprudenza

keeping. I trust that this would be of assistance to you in locating the original documentations”.

113. Again in this letter, there was no reference to any blank instrument of transfer. It seems that Mrs Will was not then trying to locate any blank instruments of transfer. It is not entirely clear what were the enclosed correspondence. I believe they were probably the letters dated 28 February 1980 and 5 September 1983 referred to (paragraphs 106 and 107) above.

114. The two deeds of revocation referred to in paragraph 25 above mentioned that the settlor had possession of the trust deeds together with the share certificates. There was no mention of any blank instrument of transfer. Nor that they had been supplied to affirm “the continuing control of the settlor over the trusts [...]”.

115. Even so, in 1998, Ronald Ho seemed to have proceeded on the basis that blank instruments of transfer had been supplied earlier. So did Mrs Will. I have to say that both Alan Hann and Ronald Ho in their witness statements seemed to have assumed that to be the case. Of course, the daughters had given letters of indemnities in respect of “lost” instruments of transfer.

116. I also refer to a letter dated 10 July 1998 from Mrs Will to Gabrielle in connection with the letter of indemnity that was required of the daughters. In this letter, Mrs Will wrote:

“I have been informed by Mr. Ronald Ho of Ernst & Young that originally several years ago, he signed a blank Transfer Form regarding the shares held by Hillhead Ltd. in Hotung Enterprises Ltd. This Transfer Form cannot now be found and must be considered lost”.

117. It was not the evidence of Ronald Ho and Alan Hann that blank instrument of transfer were only supplied “several years ago”. Nor that they were signed by Ronald Ho. I am not assisted by this letter.

118. I turn to consider whether it has been proved that blank instruments of transfer had been supplied at or about

the time of the relevant declaration of trust.

119. I should say that in the course of the evidence of Alan Hann and Ronald Ho, they emphasised the absolute control which the plaintiff had by reference principally to the fact that he had in his possession blank instruments of transfer which he could have filled in any time he pleased. Also that if the beneficiaries had not been told about the existence of the Hillhead trusts, nobody would ever get to know of the trusts anyway and to that extent, the plaintiff could do what he wanted.

120. However there was not how the case was opened on behalf of the plaintiff. There was not how the case was pleaded. The Statement of Claim was first issued on 24 March 2003, it was amended on 26 July 2003. Again, on 6 February 2004 and then lastly, on 26 November 2004. In the evidence-in-chief of the plaintiff, he made no reference to the fact that he had been given any blank instrument of transfer at or about the time of the establishment of the Ho or Hillhead Trusts. However, the recital in the deeds of revocation gives some support to this argument.

121. So far as the Ho Trusts were concerned, there was no evidence that any blank transfer was given. In the core bundle, at p. 380, there was a blank transfer in relation to three shares in HICL signed by the 1(st) defendant. However, there was no evidence that this was provided at or about the time of the Ho Trusts. Indeed, from the address given of the witness, it appears more likely that this was given in late 1990s. It may be that as the plaintiff said in his evidence he was confident that the 1(st) defendant would do his bidding. However, in the case of sudden death or incapacity of the 1(st) defendant, he was not in a position to procure a transfer of the shares.

122. I turn again to consider whether the fact that, Ronald Ho and Alan Hann, both by word and conduct seemed to have proceeded on the basis that blank instruments of transfer had been supplied to the plaintiff, is sufficient evidence for me to infer that that had been done. I do

not believe in the circumstances of this case, I should proceed on that basis. I am not satisfied that it has been proved on a balance of probabilities that blank instruments of transfer had been supplied.

123. I take into account that according to Alan Hann, the normal practice was for all the documents (trust deeds, instruments of transfer, bought and sold notes, etc) to be given to the settlor. However as would have been seen from the Tenby letter, so far as the HEL declaration of trusts and share certificates were concerned, they had been kept by Tenby until September 1983. Even in the case of the HICL, in Hillhead's letter of 28 February 1980 the declaration of trusts and share certificates were enclosed “as requested”. In other words, they were not being returned as a matter of course. It seems to me, it may be that in this particular case, the normal practice had not been followed.

124. But, even if blank instruments of transfer had been given to the plaintiff, it did not follow that he had reserved to himself a power of revocation. Nor that he intended thereby to reserve a power of revocation. It might simply indicate that he wanted absolute control *vis-a-vis* Hillhead to the extent that should he wish to do so, he could change the trustees without the cooperation or agreement of Hillhead. Or so that he could run the companies without any interference from the trustees. This is consistent with paragraph 7 of Henry Ong's third affirmation quoted in paragraph 74 above. Ronald Ho confirmed that he might have said that to Henry Ong. The plaintiff could simply transfer the shares to new trustees should he wish to do so. That would protect him against any interference by the trustees. One's control over trustees often depended on one's ability to change them.

125. Mr McCoy made the point that all the witnesses spoke to the plaintiff's insistence on absolute control. I am prepared to accept that he wanted absolute control *vis-a-vis* Hillhead and the 1(st) defendant, and that in the case of Hillhead the possession of blank transfers would ensure control. Also that the 1(st) defendant would simply do his

bidding. I believe the plaintiff was used to getting his way. I also accept that the trustees were not permitted to interfere in the affairs of the companies. This is similar to the third condition though not quite the same. Mr McCoy said that it was not in the plaintiff's DNA to have made unconditional gifts of the shares to his children. That I believe is an overstatement. It seems to be common ground that in 1985, he established the MR Trust and put a property bought for \$ 1.9 million in 1985, on trust for Anthony, Mara, Gabrielle and Sheridan equally. Although the existence of the MR Trust was kept secret until 1991, there was no suggestion that it was revocable. I note also that the plaintiff's eldest son, Michael, was a co-trustee in the MR Trust.

126. I should also mention that at the time of the Trusts, the underlying assets were, according to the plaintiff, worth 10 to 12% of his fortune. Although those assets have since increased substantially in value, they constituted a smaller percentage of the plaintiff's wealth today. It is probable that the plaintiff did not believe it was necessary for him to make the Trusts revocable. He might well have thought that the expectation of a share in his larger estate would be a powerful incentive to the children not to displease him.

127. Mr McCoy also referred to *Deepak Fertilizers and Petrochemical Ltd v Davy McKee (UK) London Ltd* [2002] EWCA 1396, a decision of the English Court of Appeal. Mr McCoy submitted that Mr Egan not having challenged the integrity of any of the witnesses he was not entitled to do so in his closing submission. That is right. Any suggestion by Mr Egan, no matter how faint, in this regard, will be disregarded by me. Mr McCoy also submitted that as Mr Egan had not put the reliability of the witnesses' recollection in issue in his cross-examination, he was not entitled to submit that I should find the witnesses' recollection to be unreliable. Reliability of recollection was clearly in issue. Anyway, as Latham LJ said at paragraph 51 of the judgment "at the end of the day each case will depend upon the way in which the issue arose, and was dealt with in evidence".

CONDITIONS NOT PROVED

128. Although the plaintiff said the first condition was more important than the second, I think, it is clear from his evidence, that the idea of a rapid deployment fund, was the reason for the Trusts. I believe Alan Hann and Ronald Ho were not told about the second condition at all. Nor Peter Mark. I do not believe if they had been told they would have forgotten the second condition. That throws serious doubt on the reliability of the plaintiff's recollection. Nor am I satisfied that I should proceed on the basis that the plaintiff's recollection of the second condition (but not the first) was faulty since the idea of a rapid deployment fund was an important reason for the establishment of the Trusts. If the plaintiff misremembered the reason for the Trusts, how much weight can I rely on his recollection of the first condition. I believe the only "condition" at the time was that the trustees were not to interfere in the management of the companies. This is consistent with paragraph 7 of Henry Ong's third affirmation. This is consistent with the conduct of the plaintiff and Hillhead. I believe this condition led Ronald Ho and Alan Hann to infer that the plaintiff had intended to retain a power of revocation. I have explained why I think that if the plaintiff had the conditions in mind, he would not have failed to tell Peter Mark and indeed the trustees. I am of the view that Ronald Ho and Alan Hann's evidence on revocation were inferences drawn by them from what they believed to be the standard practice of Hillhead and not from any communication from the plaintiff.

129. So for the reasons stated in this and earlier parts of the judgment, I am not satisfied that the plaintiff has proved the first condition. I do not regard his recollection to be sufficiently reliable. I will not act on his evidence. The second condition is academic because there was never any income. But I am not satisfied that there ever was this condition. As for the third condition, I am prepared to accept that probably it had been made known to Alan Hann and Ronald Ho that they were not to interfere with the management of the companies. I am also satisfied that the plaintiff insisted on secrecy. As for the 1(st) defendant, I do

not think it ever entered into the plaintiff's mind that she would interfere. But I do not believe he ever communicated any intention to retain a power of revocation to anyone.

130. The plaintiff's case was not based on any uncommunicated intention. It is not necessary for me to deal with that possibility. For the avoidance of doubt, I should say that I do not accept that possibility. It made no sense for him not to communicate any such intention.

131. This is not a case which turned on the honesty of any of the witnesses called on behalf of the plaintiff (which, of course, included the plaintiff himself). I accept that they have tried their best and told me what they believed to be true. However, I am not satisfied that I can rely on their recollection. As for Anthony (the only defence witness), he was unable to give any evidence regarding the conditions.

LARCO

132. I turn to consider the LARCO point. In my opinion, this turned on one issue and one issue alone, namely, whether at the time when the transfers and allotments were made, there was a resulting trust in favour of the plaintiff. In this connection, with the exception of the one share in HEL held by the 1(st) defendant in favour of the plaintiff prior to 17 September 1979, I am of the opinion that when the transfers or allotments were made, there was no resulting trust in favour of the plaintiff.

133. The leading authority on the subject is *Vandervell v Inland Revenue Commissioners* [1967] 2AC 291, the headnote reads as follows:

"Held, (1) that section 53 (1)(c) of the Law of Property Act, 1925, was inapplicable since it was directed to cases where dealings with the equitable estate were divorced from the legal estate. The object of the provision was to prevent hidden oral transactions in equitable interests in fraud of those truly entitled, and, therefore, cases where the beneficial owner of the whole beneficial estate desired and was in a position to give directions to his bare trustee to deal with the legal estate as well as the equitable estate were not within its ambit (post, pp. 311B-312B, 317E-318A)".

Giurisprudenza

Lord Reid said at page 307:

“The law with regard to resulting trusts is not in doubt. It is stated conveniently in *Underhill on Trusts*, 11(th) ed. (1959), p. 172, and in *Lewin on Trusts*, 16(th) ed. (1964), p. 115. *Underhill* says:

“(1) When it appears to have been the intention of the donor that the donee should not take beneficially, there will be a resulting trust in favour of the donor [...]”. *Lewin* says that the general rule is that whenever “it appears to have been the intention of a donor that the guarantee, devisee or legatee was not to take beneficially’ there will be a resulting trust. The basis of the rule is, I think, that the beneficial interest must belong to or be held for somebody: *so if it was not to belong to the donee or be held by him in trust for somebody it must remain with the donor*”.

134. I have no doubt that at the time of the transfer of the legal title to the trustees, it was intended that the beneficial interests be held by the trustees in trusts for the children. Hence, there was no resulting trust in favour of the plaintiff. This is what Lord Upjohn said at page 312:

“So I will be as brief as I can upon the principles. Where A transfers, or directs a trustee for him to transfer, the legal estate in property to B otherwise than for valuable consideration it is a question of the intention of A in making the transfer whether B was to take beneficially or on trust and, if the latter, on what trusts. If, as a matter of construction of the document transferring the legal estate, it is possible to discern A’s intentions, that is an end of the matter and no extraneous evidence is admissible to correct and qualify his intentions so ascertained.

But if, as in this case (a common form share transfer), the document is silent, then there is said to raise a resulting trust in favour of A. But this is only a presumption and is easily rebutted. All the relevant facts and circumstances can be considered in order to ascertain A’s intentions with a view to rebutting this presumption.

As Lindley L.J. said in *Staning v. Bowring*:

“Trusts are neither created nor implied by law to defeat the intentions of donors or settlers; they are created or

implied or are held to result in favour of donors or settlers in order to carry out and give effect to their true intentions, expressed or implied”.

The law was well stated by Mellish L.J. in *Fowkes v Pascoe*:

“Now, the Master of the Rolls appears to have thought that because the presumption that it was a trust and not a gift must prevail if there was no evidence to rebut the presumption, therefore when there was evidence to rebut the presumption he ought not to consider the probability for improbability of the circumstances of the case, and whether the presumption was really true or not, but ought to decide the case on the ground that the evidence of *Pascoe* and his wife taken alone was not satisfactory. But, in my opinion, when there is once evidence to rebut the presumption, the court is put in the same position as a jury would be, and then we cannot give such influence to the presumption in point of law as to disregard the circumstances of the investment, and to say that neither the circumstances nor the evidence are sufficient to rebut the presumption”.

James L.J. in the same case also pointed out in effect that it was really a jury matter, on the basis, I may add, of weighing the evidence on the balance of probabilities.

A very good example of this is to be found in the case of *In re Curteis’ Trusts* where *Bacon V.-C.*, without any direct evidence as to the intention of the settlor, drew a common-sense deduction as to what he must have intended. In reality the so-called presumption of a resulting trust is no more than a long stop to provide the answer when the relevant facts and circumstances fail to yield a solution”.

135. I think the plaintiff had not intended a resulting trust. I do not believe he intended that if he should die following the transfer or allotment to the trustees but before the declaration of trusts were executed, the shares should go to his estate rather than to his children.

136. Indeed, if the trustees had made their declaration of trust on the same day as the transfers or allotments to them there was really no reason for the implication of a resulting trust in the plaintiff’s favour.

137. I do not know why there was delay between the transfer or allotment and the declaration of trust. It was suggested by Mr Yin that the plaintiff wanted time to consider the conditions or to change his mind. I think that is highly speculative and inconsistent with his evidence. I believe it was more likely that there was a time gap because the declarations were considered to be formalities and not urgent.

138. I also note that in the Hillhead declaration of trust in relation to the 10,002 shares in HEL, this recital appears:

“[...] (2) Such transfers as aforesaid specified in the Schedule hereto were made to the Trustee as a nominee of the Beneficiaries of 3334 (Three thousand three hundred and thirty four) shares each and it was agreed prior to the date of such transfers that the Trustee should execute such declaration of trust as hereinafter contained”.

This recital does not appear in any of the other trust deeds.

139. However, I believe that it is reasonable to infer that the same was true in relation to each of the transfer or allotment. So going back to Lord Upjohn’s dictum above, “where A transfers, or directs a trustee for him to transfer, the legal estate in property to B otherwise than for valuable consideration it is a question of the intention of A in making the transfer whether B was to take beneficially or on trust and, if the latter, on what trusts”. So, on what trusts, the 1(st) defendant and Hillhead, were to hold? In my opinion, trusts in favour of the children and not a resulting trust for the plaintiff.

140. I also refer to the recital in the deed of revocation:

“(A) By oral declaration made in or about 1979, the Settlor constituted Ho Yuen Ki (“the Trustee”) trustee of certain property and directed the Trustee to hold the same upon certain trusts then specified for the benefit of three of his sons namely Michael Eric Hotung, Sea Eric Mclean Hotung and Anthony Eric Ryan Hotung but orally reserved to himself the power to revoke the trusts in whole or in part should he so think fit”.

There is a similar one in respect of Hillhead Trusts. They support the view that the settlor never intended to reserve

to himself the beneficial interest by means of a resulting trust prior to the written declaration of trusts.

141. Mr Yin made a point regarding the difference in the dates between the board resolution approving the transfers or allotments, the dates of the share certificates and the dates of the trusts. He said the recital quoted in paragraph 138 above is ambiguous. I do not think so. Nor does it matter.

142. I think it is clear that it was intended by the plaintiff that at the date of the transfer, whenever the transfer was effectuated, he was transferring the legal title to the trustees to hold on trusts for his children. In other words, there was no room for any resulting trust in his favour. Put another way, if there was a presumption of resulting trust that had been rebutted by all the circumstances.

143. I turn to consider that one share

in HEL which was held by the 1(st) defendant in favour of the plaintiff. See paragraph 11 above. I have no doubt that the 1(st) defendant held that share on a resulting trust for the plaintiff. That being the case, that share is caught by section 6(1)(c). See *Grey v Inland Revenue Commissioners* [1960] AC 1.

144. Mr Steven Kwan, junior counsel for the plaintiff, submitted that having regard to the pleadings, the 2(nd), 3(rd) and 5(th) defendants were not entitled to argue that there was no resulting trust in favour of the plaintiff (apart from on the basis that there were valuable considerations for the shares) or that the trusts were not only constituted by the declarations of trusts.

145. I am not satisfied that any valuable consideration had been given in respect of any of the shares.

146. I regret to say the defence has

not been well pleaded. But the plaintiff has not been taken by surprise. Moreover, the plaintiff claims declaratory relief, and it is for the plaintiff to satisfy me that the shares were or are held by the 1(st) and 4(th) defendants on trust for the plaintiff (prayer (g)). That is why notwithstanding Gabrielle's withdrawal of her defence, no judgment has been entered against her for any declaratory relief.

CONCLUSION

147. For the above reasons, the plaintiff's claim is dismissed save that in relation to one share in HEL held in the name of the 1(st) defendant, I would make a declaration that she holds that share on trust for the plaintiff absolutely.

COSTS

148. The parties are invited to make written submissions to me on costs within 21 days of this judgment. If a hearing is required, the parties should fix a date for the hearing as soon as is practicable.

Proseguiamo la raccolta delle sentenze “storiche” sul trust.

Fiducia segreta e dichiarazione del fiduciario

Regno di Sardegna – Senato di Nizza

Testamento – esecutore testamentario depositario di confidenze della testatrice – dichiarazione delle confidenze – non obbligatorietà

Senato di Nizza, Trinchieri di S. Antonio, Pres., Raynardi di Belvedere, Rel., 24 novembre 1790 [Giuseppe Onorato Maria Ugo c. Vassallo di Castelnuovo Avvocato Giuseppe Sostituito Avvocato de' Poveri, Francesco Antonio Ufficiale al servizio di Francia, Francesco Zaverio Saisi]

L'esecutore testamentario, a di cui disposizione siasi lasciata una parte dell'eredità per farne l'uso confidenziale prescrittogli dal testatore, non è obbligato di questo palesare agli eredi.

Sommario

Il Senato, sentita la relazione degli atti, ed udite le parti in sessione di pubblica udienza, pronunciando ex integro ha dichiarato, e dichiara lecito al Notajo, e Procuratore Giuseppe Onorato Maria Ugo nella qualità di esecutore testamentario della Dama Maria Gioanna Dani vedova del signor Senatore Pietro Antonio Ignazio Saisi, come dal di lei testamento, rimesso chiuso, e sigillato al detto Notajo, e Procuratore Ugo, li trenta giugno dell'anno scorso, aperto, e pubblicato li due dell'allora susseguito luglio, di ritirare gli effetti, mobili, ed ogni altra cosa trovata nella casa, in cui abitava detta Dama in tempo del di lei decesso, ed in essa esistenti, per impiegargli negli usi statigli dalla testatrice in voce confidati, mediante però che il detto Procuratore Ugo, in conformità dell'offerta in atti fatta, giuri d'essergli stata fatta dalla detta Dama vedova Saisi la suddetta confidenza, e di nulla dovere a lui spettare de' medesimi effetti, e mobili; spese compensate.

Testo della Sentenza

I. La questione agitatasi fra le parti

nel primo giudizio, rinnovatasi in quello d'appellazione avanti questo Real Senato, dipendeva principalmente dall'intelligenza, che dovesse darsi al disposto nel testamento della dama Gioanna Maria Dani vedova del signor Senatore Pietro Antonio Ignazio Saisi, dei ventinove giugno anno scorso, rimesso dalla detta testatrice li trenta dello stesso mese chiuso, e sigillato al Notajo Giuseppe Onorato Maria Ugo, aperto quindi, e pubblicato li due del susseguito luglio, essendo la di lei morte occorsa nella notte allora preceduta, egli è d'uopo perciò, che si abbia presente nel suo intiero contesto il suddetto testamento della dama Saisi datato li 29. giugno 1789. (Vol. di lett. A), fu quello disteso di mano e carattere del predetto Notajo Ugo, e sottoscritto dalla testatrice, la quale spiegossi, che l'avrebbe rimesso chiuso e sigillato ad un Notajo, acciò dopo il di lei decesso venisse dal medesimo aperto, e pubblicato senza alcuna formalità giudiciale, e quindi indistintamente eseguito quanto in esso si contenesse, senza modificazione, nè limitazione alcuna.

Ordinò e volle, che in refrigerio dell'anima sua, oltre la messa cantata *in requiem* presente il cadavere, si celebrassero messe tre mila private, al più presto possibile dopo il di lei decesso, colla elemosina di dieci soldi ognuna, da pagarsi a spese di sua futura eredità, e celebrarsi da quei Sacerdoti, ed in quelle Chiese ad elezione del Notajo, a cui avrebbe rimesso il detto suo testamento, ed al quale dalli di lei eredi voleva, che si pagassero subito lire mille cinquecento per l'elemosina delle suddette messe tre mila private per essere dal medesimo distribuita ai celebranti, ove tal

pagamento, dal detto Notajo loro venisse chiesto.

Volle che a Marianna Audiberti, e ad Angela Carlina, allora di lei domestiche, venisse pagata rispettivamente la somma, cioè: a Carlina di lire cento, ed alla detta Audiberti di lire trecento oltre le robe, ed effetti, che a viva voce *confiderebbe* di dare al detto Notajo, custode di detto di lei testamento, senza ingerenza di detti di lei eredi, con che le medesime al tempo del di lei decesso si ritrovassero al suo attuale servizio, e mediante tal rispettivo pagamento, e rimessione di effetti suddetti, che loro rispettivamente legava, le tacitava d'ogni altra loro pretesione.

Disse poi che intendeva, ordinava, e voleva che gli infrascritti di lei eredi, occorso il di lei decesso, non potessero, né dovessero ingerirsi in ciò che ritroverebbesi nella casa della di lei abitazione, ma bensì, che le chiavi dovessero prendersi, e rimanere presso il detto Notajo, a cui avrebbe consegnato quel di lei testamento, acciò adempisse a quanto al medesimo *comunicerebbe* d'eseguire a viva voce, deputandolo su tale riguardo, e per la celebrazione delle sovra ordinate messe, e spese per li funerali in suo esecutore testamentario, ed affidata alla di lui proibità lo esimeva da qualunque onere, e rendimento di conto, pregando il medesimo d'accettare tale incumbenza acciò la di lei volontà, ed intenzione confidatagli fosse in ogni sua parte eseguita.

Nota:

Riproduciamo il testo della sentenza da F. A. Duboin, Collezione progressiva e per ordine di materie delle decisioni de' supremi magistrati negli Stati di terra ferma di S. M. il Re di Sardegna, tomo I, Torino, 617.

II. Istituì nel resto, e nominò in suoi eredi universali, e particolari li signori Vassallo di Castelnuovo Giuseppe Avvocato de' Poveri Sostituto, Francesco Antonio Ufficiale al servizio di Francia, Francesco Zaverio fratelli Saisi, suoi, e del fu Signor Senatore Saisi di lei marito figliuoli legittimi e naturali per uguali parti e porzioni, con obbligo per altro ai medesimi, e ad ognuno d'essi di adempiere e stare a quella di lei volontà ed ultima disposizione senza modificazione né limitazione alcuna, sotto pena della decadenza di detta istituzione d'eredità in odio di quelli, che sotto qualunque pretesto o causa contravvenisse a quanto sopra in tutto od in parte, rivoando sin d'allora in odio del contravventore, o contravventori la fattali istituzione d'eredità, e la ridusse in tal caso alla sola e semplice legittima, cui per istituzione particolare li legò per essere tale la di lei precisa volontà, ed intenzione.

Qual testamento disse, che aveva fatto scrivere da persona a lei confidente.

E dopo di averlo sottoscritto, fece la detta dama testatrice un'aggiunta anche da lei sottoscritta, in cui disse che era memore anche di suo nipote, *ex filia praedefuncta*, moglie vivendo del signor Avvocato Zaverio Dabrai di lei genero, che legava al medesimo la somma dovutale dal suddetto di lui padre risultante dal viglietto che ritroverebbesi fra le di lei scritture, istituendolo in esso legato di lei erede particolare; e lo tacitò d'ogni altra di lui pretensione. (Fra le scritture lasciate dalla testatrice, fu ritrovata una dichiarazione sottoscritta Zaverio Dabrai in carta semplice di data, dei 14. marzo 1786., per scudi 15. nuovi Francia a lire 4. soldi 9. e mezzo).

Li trenta detto giugno, la detta dama vedova Saisi alla veduta e presenza del Notaro Ugo, e di sette testimonj rimise allo stesso Notaro un piego unito nelle due estremità, ed in una parte laterale con filo bianco, sigillato sulla cucitura in cinque luoghi col sigillo ivi descritto.

In qual piego essa dama vedova Saisi disse e dichiarò contenersi nell'interno del medesimo il di lei ultimo e final testamento, scritto tutto di carattere di persona sua confidente, ed infine sottoscritto, ed anche in fine dell'aggiunta che vi esisteva, con proprio di lei pugno e carattere. Istituì perciò, nominò, legò e dispose, si e come

nell'interno di detto piego, senza modificazione né limitazione alcuna, avendo la detta Dama chiesto, che il detto piego così chiuso, e sigillato venisse dal detto Notaro Ugo inserito nel suo minutaro, ed ivi custodito finché fosse seguito il di lei decesso, e che subito dopo di questo venisse dallo stesso Notaro aperto, e pubblicato senza formalità alcuna giudiziale, né intervento d'alcun parente, ed alla presenza di due soli testimonj dal detto Notaro eligendi, con rogar l'atto dell'apertura e pubblicazione d'esso.

Disse, finalmente essa testatrice che nulla lasciava all'ospizio di carità della presente città, né a quello de' ss. Maurizio e Lazzaro eretto in Torino.

III. Si rese defunta, conforme si è detto sopra, la detta dama nella notte del primo venendo li due susseguito luglio, e nel suddetto giorno nello studio del detto Notajo Ugo, enunziata la morte della detta dama nella notte allora scorsa, con testamento stato ad esso Notaro rimesso chiuso e sigillato li 30. allora scaduto giugno, per essere custodito sino al di lei decesso del di lui minutaro, ed indi aperto, e pubblicato senza alcuna formalità giudiziale, né intervento d'alcun parente, ed alla presenza di due testimonj eligendi di detto Notaro si, o come di ciò tutto più ampiamente constava dal detto atto di remissione, e dovendo perciò esso divenir all'apertura e pubblicazione del rimessogli testamento, ossia piego contenitivo del medesimo, giusta la facoltà espressa nel detto atto di remissione, assunse esso Notaro ad un tal fine li due testimonj ivi menzionati per assistere al dissigillamento, apertura, e pubblicazione del predetto testamento, e richiesti, in un con essi, tre dei testimoni intervenuti, ed astanti al tempo, ed all'atto della seguitane remissione, per riconoscere l'identità del piego contenitivo il detto testamento, venne dallo stesso Notaro alla lor presenza aperto il di lui minutaro corrente de' testamenti, ed atti da esso ricevuti, e vi si trovò unito, ed annesso al piego intitolato, *remissione di testamento della dama Dani vedova Saisi*, susseguendo immediatamente l'atto di remissione da quella fattane al detto Notaro Ugo in data dei trenta giugno 1789., e dopo la dovuta ricognizione fatta, dai testimonj ch'erano al suddetto atto di remissione, venne il suddetto piego dissigillato ed aperto dal

detto Notaro Ugo, e quindi letto da questo, e pubblicato il predetto testamento, di che tutto dallo stesso Notajo si rogò l'opportuno atto.

IV. Rapportato così in tutto il sostanziale, il risultante dai riferiti documenti, conviene ora parlare degli atti sommarj vertiti avanti l'Ordinario di questa città, dal quale si è proferito sotto li ventitré giugno ultimo scorso l'appellata sentenza coerente alle istanze dei signori fratelli Saisi, stata però dal Senato sostanzialmente riparata con quella dei 24. scaduto settembre, di cui da essi si chiedono i motivi.

V. Ebbero ricorso lo stesso giorno dei due luglio passato anno 1789. (vol. di lett. B.) all'Ordinario di questa città li signori fratelli Saisi, e narrata la morte della loro madre con testamento rimesso chiuso, e sigillato al Notaro Ugo in data dei 29. preceduto giugno, aperto quindi e pubblicato nel suddetto giorno delli due luglio, in qual testamento fra le altre cose li aveva istituiti in suoi eredi, con dichiarazione però, che li medesimi non potessero ingerirsi in ciò che ritroverebbesi nella di lei casa, ma bensì che le chiavi dovessero prendersi, e rimanere presso il Notajo, cui avrebbe consegnato il testamento, acciò adempisse a quanto al medesimo *comunicarebbe* a viva voce di eseguire, deputandolo su tal riguardo non meno che per la celebrazione delle messe, e spese dei funerali ivi espressi, esecutore testamentario, senza alcun obbligo di render conto, con preghiera a tal Notajo di accettare una tale incombenza, privando della detta eredità quello dei detti fratelli, che si opporrebbe all'eseguimento della di lei intenzione, nel qual caso lasciava al contravventore, o contravventori la sola legittima. Soggiunsero quindi che non intendevano di opporsi all'esecuzione di quanto si fosse dalla detta loro madre ordinato, che volevano anzi, per quanto potevano contribuire a ciò, che avesse effetto in tutte le sue parti, che ignoravano però se la medesima avesse di viva voce comunicato qualche sua intenzione al detto Notajo Ugo scrittore dello stesso testamento, che d'altra parte non aveva costui dichiarato di voler accettare la detta incombenza, e molto meno aveva passata la sottomissione prescritta dalla Regia legge; e però non volendo essi esponenti nello stato delle cose ingerirsi

Giurisprudenza

in que' mobili, ed effetti, de' quali forse per volontà dichiarata dalla testatrice, potessero esser esclusi, né potendo ancora ingerirsene il detto Notaro Ugo, chiedertero perciò mandarsi sigillare (subito dopo estrattone il cadavere di detta dama loro madre) la casa, in cui erasi resa defunta, e in contraddittorio, anche del detto Notajo ove volesse intervenire, con commettere gli atti al Segretario, e mandarsi a questo di ritenere le chiavi degli appartamenti.

E dal signor Prefetto e Giudice si provvide con suo decreto in conformità della suddetta domanda de' signori Saisi, e fu quello eseguito dal Segretario in contraddittorio anche di detto Notajo Ugo, il quale spiegossi che nulla avea da opporre al prescritto sigillamento, e vennero successivamente dal detto Segretario ritirate le chiavi, di quell'appartamento.

VI. Li sei detto mese si presentò per parte dei signori Saisi altro ricorso all'Ordinario, in cui narrato quanto era sin allora seguito: dissero, che il Notajo Ugo preteso esecutor testamentario nominato nell'ultima disposizione della testatrice loro madre, non erasi opposto al suddetto sugellamento, meno era stato sollecito d'insinuare il di lei testamento, sebbene sapesse ch'eglino aveano tutta la premura d'averne copia, e soggiunsero che i mobili ed effetti ereditarij erano esposti a deteriorarsi, trovandosi confusi cogli usati negli ultimi giorni della di lui vita, ed abbisognavano perciò di pronta lavatura.

Che d'altra parte loro incombeva per molti riguardi, che si sapesse quanto esisteva in detta casa sigillata, ed in ispecie circa le scritture ereditarie, che potevano esservi, e che detto Notaro Ugo aveva ammesso, che ai medesimi assolutamente spettavano.

Che era pure di loro interesse che contemporaneamente al sigillamento si divenisse ad una giudiziale descrizione, ed estimo di quanto poteva ritrovarsi in detta casa, e ciò per loro regolamento, atteso che fin allora non risultava che la loro genitrice avesse confidato allo stesso Notaro la di lei segreta intenzione, del che si avevano più riscontri contrarj, quali estimo e descrizione avrebbero resa più eseguibile ogni *confidenza*, qualora venisse a risultare, che si fosse fatta.

VII. In quai circostanze (protestando sempre essi esponenti, che non

intendevano di contravvenire a qualunque materna disposizione, che erano anzi nella ferma e costante volontà, che si eseguisse, quanto dalla madre fosse per essersi ordinato) chiedertero che si commettesse al Segretario del Tribunale di procedere al dissigillamento di detta casa, ed effetti, e nello stesso tempo alla loro descrizione ed estimo, e quindi a nuovo sigillamento per ogni futura cautela, il tutto con intervento di detto Notaro Ugo, ove esigesse di ritrovarvi con commessione al detto Segretario di dover prima rimettere tutte le scritture, che fossero per ritrovarvi nella suddetta casa, e quindi nuovamente sigillarla.

E venne su tal ricorso appoggiata al detto Segretario la chiesta commessione, stata lo stesso giorno e successivamente l'indomani dal medesimo, previa monizione al detto Notaro Ugo eseguita, senza però ch'ei comparisse, meno alcuno per esso, solo che nel suddetto giorno dei 6. detto luglio, mentre il Segretario riempiva la commessione datagli dall'Ordinario, fu da un usciere notificato al predetto Segretario un decreto ottenuto lo stesso giorno dal detto Notajo Ugo (asseritosi esecutore testamentario particolare della suddetta dama vedova Saisi), sovra un di lui ricorso, per forma di qual decreto era stato mandato, fra le altre cose al detto Commessario di sospendere ogni atto sino a che venisse al suddetto Notajo Ugo spedita, e rimessa copia autentica della sovra designata supplica, e decreto di commessione dalli signori Saisi rapportato nel detto giorno de' 6., in vista del che vennero sospesi li predetti atti, e quindi spedita una tal copia, in seguito a che sendosi detto Notajo Ugo spiegato (sulla domanda fattagli dal detto Commessario di rimettere le chiavi de' tiretti d'un *cantarà*, ossia *bureau*, bauli ed altri mobili esistenti in quei appartamenti), ne vennero da esso rimesse solamente due, una delle quali allegò essere del detto *bureau*, e l'altra d'uno di detti bauli.

VIII. Ed essendosi terminata nel successivo giorno dei sette detto mese la descrizione, si formò dal signor Segretario d'ogni cosa l'opportuno verbale e nuovo sigillamento.

IX. Principiò poscia lite sommaria avanti l'Ordinario fra li detti Saisi, ed il Notajo Ugo, e nel contraddittorio dei 10. detto luglio (Vol. di lett. C.), siccome questo asseriva, che la dama Saisi loro

madre gli aveva fatta *confidenza* con incarico di fare l'uso da essa ordinatogli di quanto sarebbesi trovato in di lei casa dopo sua morte, negarono li detti signori Saisi, che fosse stata fatta dalla loro madre alcuna *confidenza*, e lo costituirono in mora a giustificare il contrario, con istanza, perché in difetto venisse loro dichiarato lecito di procedere alla divisione fra essi, come di lei eredi universali, degli effetti tutti cadenti nella di lei eredità senza aversi riguardo alla protesta fatta dal detto Notajo Ugo nel di lui ricorso dei 6. detto mese, né alla sottomissione, ch'egli avesse passata in quel Tribunale, cui opposero di superfluità, e d'irrelevanza.

X. Avutasi quindi dalli signori Saisi la copia stata loro rimessa dal Notajo Ugo del suddetto testamento, e delle testimoniali della remissione e pubblicazione d'esso, e proseguitasi per qualche tempo fra le parti la detta lite sommaria attorno ad incidenti, de' quali sarebbe qui cosa soverchia di far parola, comeché relativi a cose poco essenziali, e riassuntasi poscia la causa nel susseguito novembre, con essersi per parte de' signori Saisi nell'ordinanza dei 7. detto mese rinnovato succintamente in tutto il sostanziale, il portato dal testamento della dama loro madre, con aver soggiunto, che non appariva che la detta testatrice avesse fatta alcuna *confidenza* al detto Notajo Ugo, essendo anzi li medesimi persuasi, che nulla gli abbia esso *confidato*, perché era stata prevenuta dalla morte, con essersi però protestato, che non intendevano di contravvenire in nulla alla disposizione della loro madre, ma solo per non pregiudicarsi nelle loro ragioni, e perché anzi la volontà della medesima fosse integralmente eseguita, ove fosse risultato di detta *confidenza*, giacché dal suddetto testo non risultava che fosse stata, essendosi in esso spiegata la loro madre a tale riguardo in termini di tempo *futuro*, costituirono perciò in mora al detto Notajo Ugo a giustificare la detta pretesa *confidenza*, sicché potesse eseguirsi la volontà della testatrice e che in difetto si dichiarasse lecito ai medesimi di disporre a piacimento de' suddetti effetti e mobili.

Soggiunsero pure, che era pressoché evidente a tenore del suddetto testamento, che quelli dovevano servire per l'elemosina della messe tre mila, giacché sebbene dapprima la testatrice avesse ordinato che li detti eredi

dovessero subito pagare al detto Notajo lire mila cinque cento importare di esse, posteriormente poi vi aveva fatto aggiungere la seguente clausola, *ove tal pagamento dal detto Notajo loro venga chiesto*, qual aggiunta nell'originale era stata fatta in diverso tempo, e con diverso inchiostro, a qual effetto per stabilire più adeguatamente le cose nel loro vero essere, chiederterò dichiararsi tenuto esso Notajo Ugo di presentare il suo protocollo, per essere lor concesse le testimoniali, che avrebbero richieste.

XI. Avutasi dalli signori Saisi la chiesta copia del testamento della loro madre, e dagli atti di remissione, ed apertura di esso, in successivo contraddittorio dei 23. detto novembre si diede il detto Notajo Ugo a rimostrare, che risultando chiara da quello la proibizione loro stata fatta dalla testatrice in riguardo alli mobili ed effetti che si sarebbero ritrovati in di lei casa dopo il suo decesso, lasciava al Magistrato di dedurre se potesse farsi caso della loro protesta di voler eseguire la volontà della madre, qualora difatti aveano impedito, e continuavano tuttora ad impedire che venisse eseguito, avendo con palliati pretesti colorita la presa ingerenza, dei mobili ed effetti lasciati in casa ove era seguita il decesso della loro madre, sebbene lo stesso Notaro Ugo le proteste già da esso fatte, e dichiarò che era pronto di eseguire la *confidatagli* volontà della testatrice, e disse che non intendeva di contestare, né litigare su tal riguardo.

Disse quindi che non procedeva in verità che la testatrice nulla gli avesse confidato, perché fosse stata prevenuta dalla morte, poiché dal certificato del Cerusico De Giovanni inscritto nell'atto d'apertura di detto testamento, risultava che la testatrice dopo la remissione di esso al detto Notaro Ugo, era sopravvissuta più d'un intero giorno.

XII. Soggiunse poi che per provar maggiormente che aveva la testatrice potuto fargli la da lui asserita *confidenza*, tutto che non fosse a ciò di ragione tenuto, ma solo in difesa della propria onoratezza, con protesta però che non intendeva di accingersi al carico di soverchia prova, deduceva il seguente capitolo.

XIII. Che il primo dell'allora scorso luglio, un'ora circa dopo mezzo giorno, la dama vedova Saisi, fatto con premura chiamare il deducendo Notaro Ugo, quale

portatosi sollecitamente alla di lei casa, ivi giunto, la stessa dama aveva detto alle persone, che ivi erano, di ritirarsi, come di fatti subito si erano ritirate dalla di lei stanza cubicolare, ed erano passate in altra stanza, ed il detto Notaro Ugo era rimasto solo a solo colla detta dama, e terminato il segreto colloquio avuto con essa, pria di partirsi aveva chiamate le dette persone, acciò tornassero in detta stanza cubicolare.

XIV. Replicarono li signori Saisi li quattro del susseguito dicembre, che in nulla avevano contravvenuto, né volevano contravvenire alla volontà della loro madre: che avevano bensì con fondati motivi praticato li debiti mezzi acciò non sparissero gli effetti, generi e scritture, che si trovavano in di lei casa negli ultimi giorni di sua vita, senza che si sapesse fin allora positivamente dove fossero andati, e qual fine avessero fatto, e soggiunsero che la clausola aggiunta nel detto testamento, dal di cui complesso e spirito si scorgeva evidentemente che li mobili, effetti, e lingerie dovevano convertirsi nel pagamento delle messe tre mila ordinate nel suddetto testamento, ed in prova di ciò dedussero a provare: rato varie volte essere sua intenzione che gli effetti e mobili, che avrebbe lasciato, si convertissero nella celebrazione di messe.

Soggiunsero pure che il Procuratore Ugo, dopo la morte di detta dama aveva cominciato a spiegarsi, che col prodotto de' detti mobili ed effetti, doveano pagarsi i legati da essa fatti alle già nominate Audiberti, e Carlina, in lire quattrocento fra ambe, ed indi molti giorni dopo aveva aggiunto che se ne dovevano anche pagare il Cerusico, e lo Speciale, ed ultimamente avea fatto intendere che se ne doveano pure pagare gli onorarii ad esso lui dovuti, per lite vertite fra essa dama, ed il di lei figlio primogenito.

Con ordinanza profertasi dal detto signor Prefetto con visione di scritture li sedici succeduto gennajo, venne dichiarato che non era luogo alla esibizione del protocollo del Notaro Ugo, che erasi chiesta dalli signori Saisi, e nel resto si mandò alle parti di legittimare il giudizio, e di proporre formalmente le loro rispettive istanze.

XV. Li signori fratelli Saisi, legittimato li due del susseguito marzo il giudizio in persona del Causidico Cristini, ripeterono le istanze e conclusioni per loro parte già fatte, e costituirono singo-

lamente in mora il Notaro Ugo a giustificare la *confidenza* che pretendeva essergli stata fatta dalla dama vedova Saisi, ed in che la medesima consistesse, con istanza acciò in difetto di tal giustificazione si dichiarasse lecito ai medesimi di poter disporre a piacimento degli effetti e mobili, de' quali si agiva, e ciò colli danni e spese.

Vennero poscia le stesse istanze e conclusioni per loro parte rinnovate in comparsa dei 14. susseguito aprile, e legittimatosi dal Notaro Ugo li 27. stesso mese il giudizio in persona del Procuratore Massiglia, in altra comparizione de' 26. susseguito maggio, si diede a dimostrare, che non era tenuto di giustificare la *confidenza* fattagli dalla dama vedova Saisi per li motivi risultanti dagli atti sommarj prodotti dalli di lei figlj, ed in ispecie addotti nell'ordinanza seguita nel contraddittorio dei 23. novembre scorso anno 1789., colle riserve, e proteste, de' quali in essa, e non altrimenti.

Negò d'essere tenuto a declinare quanto gli era stato dalla dama Saisi confidato nel giorno ed ora dedotti in detto contraddittorio dei 23. novembre, di qual deduzione da esso fatta per propria onoratezza, e per pura sovrabbondanza, come ivi spiegossi, disse che non dissentiva di venir assegnato alla prova, con che dalli signori Saisi venissero supplite le spese.

Reiterò in qualità di esecutore testamentario della predetta dama, la sua dichiarazione che era sempre stato, ed era pronto di eseguire la volontà d'essa dama relativa alli detti mobili ed effetti, colla protesta d'ogni danno, pregiudizio e spese.

XVI. Replicarono li signori fratelli Saisi in comparsa de' 27. detto maggio, che era insufficiente il capitolo dedotto dal Notaro Ugo nel contraddittorio dei 23., preceduto novembre, poiché riferendosi la dama loro madre nel suo testamento ad una *confidenza* futura, la quale (a tenore di detto capitolo dovendo essere seguita il primo luglio dopo mezzo giorno, qualora la remissione del testamento era seguita li 30. giugno) non poteva prender forza, e venire dal detto testamento convalidata, perché importante atto posteriore, il quale doveva perciò specificamente provarsi, come anche in che abbia consistito detta *confidenza*, comeché fosse affatto insufficiente ad indurla, e molto meno a

Giurisprudenza

stabilire in che quella consista e quali ordini siansi dati dalla predetta dama, qualsivoglia colloquio segreto avuto con essa; crederanno perciò che dovesse il detto Notaro Ugo giustificare in che consista la precisa fattagli *confidenza* sotto la pena già dai medesimi espressa; e dissero finalmente, in ordine all'istanza del Notaro Ugo relativa al pagamento delle spese, che tale istanza era capricciosa, poiché era di lui incumbente, ed era in necessità di stabilire e la *confidenza*, ed in che la medesima consista; che simil necessità talmente gli correva, che senz'una tal giustificazione dovea caducare la di lui qualità d'esecutore testamentario, almeno nel concernente li mobili, ed effetti nella detta casa esistenti; onde volendo egli sostenere tal qualità d'esecutore testamentario, la quale veniva anche col difetto di *confidenza* contestata, doveva essere a di lui spese ogni incumbente a ciò necessario, e rigettarsi ogni istanza in contrario, come nel detto caso subordinato chiedevano dichiararsi, con assegnazione ad un tal fine della causa ad ordinare a sentenza.

XVII. Terminarono poi gli atti e le rispettive istanze in quel primo giudizio colla comparizione del Notaro Ugo delli due giugno ultimo scorso, in cui dopo una assai lunga digressione fattasi per di lui parte attorno a cose che sarebbe inutile di qui riportare, si restrinse a negare d'essere tenuto di declinare la *confidenza* fattagli dalla dama Saisi, offerendosi tutt'ora pronto di eseguirla, come vi si era sempre offerto, onde la non esecuzione era unicamente attribuibile agli signori Saisi, che senza fondamento facevano ciò che dalla loro madre era stato ai medesimi espressamente proibito.

Venne lo stesso giorno assegnata la causa ad ordinare a sentenza, ed essendosi questa li 23. detto mese proferita dal signor Luogotenente Giudice Vassallo Botteri, e con essa regetto il capitolo, che si era dedotto dal Notaro Ugo nel contraddittorio dei 23. novembre 1789. venne dichiarato tenuto il medesimo a dover giustificare l'asserita *confidenza*, che pretendeva essergli stata fatta dalla dama vedova Saisi; compensate le spese.

XVIII. Sotto li tredici del susseguito luglio (Vol. di lett. E.) si appellò per parte del Notaro Ugo dalla detta sentenza avanti questo Senato per via di nullità, e di gravame, ed in comparizione dei 25.

susseguito agosto disse quella a se gravatoria in due capi, il primo nella rejezione del capitolo che erasi da lui dedotto, e l'altro nella declaratoria che egli fosse tenuto di giustificare la fattagli *confidenza*.

Disse che quel capitolo era coerente al fatto della questione, ed in conseguenza non poteva rigettarsi:

Che la declaratoria ch'ei dovesse giustificare la fattagli *confidenza*, dalla semplice lettura degli atti appariva seco trarre una cosa ad esso lui impossibile, ed il suddetto capitolo tendeva a giustificare che la dama Saisi, dopo la remissione a lui fatta del suo testamento, aveva avuto col medesimo un segreto colloquio, e quindi aveva avuto tempo di fargli, come gli aveva fatto, la da lui asserita *confidenza*:

Che aveva egli fatta una tal deduzione unicamente per propria onoratezza, e colla protesta di cui nel medesimo contraddittorio dei 23. novembre, e per escludere ciò che dalli signori Saisi si allegava in quello dei 7. detto novembre, in cui avevano contro verità annunziato, che erano maggiormente persuasi, che nulla gli aveva la loro madre confidato, perché era stata prevenuta dalla morte, cosicché la dedotta materia era tutta propria e coerente alla causa, non poteva perciò rigettarsi il suddetto capitolo; dal che appariva il primo infertogli gravame coll'appellata sentenza:

Che l'altro ancor più forte si manifestava dall'essersi esso Notaro Ugo dichiarato tenuto di giustificare la fattagli *confidenza*, il che gli portava l'obbligo di giustificare l'impossibile, poiché se la *confidenza* si potesse giustificare, cesserebbe d'esser tale, essendo ogni *confidenza* segreta di sua natura:

Chiedette pertanto ripararsi la suddetta sentenza, e pronunciarsi conforme si era per di lui parte nei primi atti concluso, colle spese.

Sotto li due del susseguito settembre, li signori Saisi dissero che gli atti stessi del primo giudizio escludevano che fosse gravatoria al Notaro Ugo la surriferita sentenza proferta dall'Ordinario, ed in aggiunta alli motivi già ivi adottati, passarono a rimostrare che non coastava altronde fuorché dall'asserzione dello stesso Notaro Ugo, che fosse seguita la da esso allegata *confidenza*; che non poteva questa dedursi dall'asserito colloquio, poiché essendo tal *confidenza* un fatto positivo, dovea giustificarsi pienamente

che fosse seguito, senza di che caducava la deputazione fatta del medesimo dalla loro madre in esecutore testamentario nel particolare de' mobili, ed effetti:

Che questa *confidenza* la testatrice non l'aveva allegata seguita, onde dovendo come cosa di fatti constarne, era stato giustamente reietto il suddetto capitolo:

Che era pure stato quegli con giusto fondamento dichiarato tenuto a giustificare la pretesa *confidenza*, giacché si opponeva al di lui intento, il Senato-Consulto Liboniano, avendo egli disteso e scritto il testamento della predetta dama loro madre, nel quale fu a di lui favore espressa la qualità di esecutore testamentario particolare, la esenzione di ogni onere, e rendimento di conto, e la indipendente, indefinita, ed assoluta disposizione accordatagli circa li mobili, ed effetti ereditarij d'essa testatrice:

Che l'ordinata giustificazione della pretesa *confidenza* era il solo mezzo per dimostrare, che non si voleva imbattere nel detto Senato-Consulto, epperò che nessun gravame erasi arrecato al detto Notaro Ugo colla suddetta sentenza, per la di cui conferma conchiusero, ovvero perché pronunciandosi ex integro, in vista che aveva quegli allegato che gli era impossibile di giustificare la fattagli *confidenza*, si dichiarasse lecito ai medesimi di disporre a piacimento de' mobili, ed effetti ereditarij della loro madre, rejeta ogni opposizione, ed eccezione in contrario, colle spese, previa ove d'uopo la declaratoria di doversi avere, come non apposta, ed esser quindi inattendibile la qualità di esecutore testamentario, e la disponibilità circa tali mobili dal detto Notaro Ugo scrittasi colle altre disposizioni a ciò relative:

Chiedettero finalmente che loro si dichiarasse lecito di ritirare tutti li detti mobili, ed effetti, previo il loro estimo, ove di bisogno, e mediante pure sottomessione con cauzione di rappresentarli, od il valore dei medesimi, ove così venisse ordinato.

XIX. In ultima assai prolissa comparizione dei 13. detto settembre si ripeté dal Notaro Ugo sostanzialmente quanto aveva già detto nel primo, ed in questo giudizio d'appellazione, ed affermò nuovamente d'esserli stata dalla testatrice spiegata e confidata la di lei volontà quanto all'impiego de' mobili, ed effetti di casa, come si offeriva al bisogno pronto di

giurarlo: che di ciò non lasciava dubitare tanto il di lei testamento, che il segreto colloquio passato fra essi due sotto il primo luglio 1789., come abbondantemente l'aveva dedotto a provare nel già citato contraddittorio dei 23. susseguito novembre, qual colloquio non erasi potuto dalli signori Saisi contestare, onde non doveva simil capitolo rigettarsi, e tanto meno obbligarlo a giustificare, ciò che di sua natura era impossibile, e che se avesse potuto provarsi con testimonj, non sarebbe stata *confidenza*: che la testatrice aveva ordinato che esso Notaro Ugo, occorsa la di lei morte, dovesse prendere e ritenere le chiavi della lei casa, senza ingerenza degli eredi, acciò adempisse a quanto gli *comunicerebbe a viva voce*, e che dovesse rimettere alle di lei serve le robbe, ed effetti, che *a viva voce gli confiderebbe*: che erasi la medesima affidata alla probità di detto suo esecutore testamentario, lo avea esimito da qualunque onere, e rendimento di conto, e lo avea pregato di accettare tale incombenza acciò la di lei volontà ed intenzione *confidatagli* fosse in ogni sua parte eseguita:

Che tutte queste circostanze persuaderono la *confidenza* da essa fattagli relativamente alli detti effetti e mobili di casa, e che la medesima doveva farsi, come era stata fatta a *viva voce*, e così non altrimenti giustificabile che colla di lui asserzione, cui si doveva credere, e deferire, e della di cui probità si era la testatrice affidata: che le opposizioni, ed operazioni de' predetti signori Saisi erano dirette alla inesecuzione della enissa volontà della madre, che loro avea proibito qualunque ingerenza in ciò, che sarebbesi ritrovato nella di lei casa, ed avea ai medesimi ingiunto di stare alla di lei volontà senza alcuna modificazione, né limitazione, sotto pena della privazione dell'eredità, non sapendosi come nondimeno, per ottenere li detti mobili ed effetti, si fossero rischiatì ad opporre, senza somministrare ombra di prova, che non fosse a lui stata fatta la detta *confidenza*, e che fosse tenuto a giustificarla, ed in che consistesse, qualora doveva ai medesimi bastare d'essere, per volontà espressa della madre, esclusi dalla ingerenza, o partecipazione delli stessi mobili ed effetti, ch'egli doveva impiegare negli usi dalla testatrice confidatigli, e che non doveano essere alla loro notizia, poichè la loro madre avea voluto farne un segreto:

Che li suddetti mobili ed effetti non doveano impiegarsi nella elemosina delle messe, e che lo stesso testamento spiegava che queste doveano celebrarsi a spese della eredità, a qual fine la testatrice avea obbligato gli eredi di pagare all'esecutore testamentario lire mille cinquecento per essere dal medesimo distribuite alli Sacerdoti, che avrebbero celebrato le dette messe, e che tal pagamento dovesse farsi dalli detti eredi subito dopo la di lei morte, ove subito gli fossero dal detto esecutore testamentario chieste, giacché ne era stata ordinata la celebrazione delle messe al più presto che fosse possibile; il che tanto maggiormente dovea così interpretarsi, e non pretendersi che la testatrice avesse, in così disponendo, voluto che si applicassero nella celebrazione delle da lei ordinate messe li detti mobili ed effetti, da che la medesima, dopo di avere obbligato gli eredi di sborsare per tale celebrazione lire mille cinquecento, avea ordinato che l'esecutore testamentario dovesse impiegare li detti mobili ed effetti nell'adempimento di quanto gli *comunicerebbe a viva voce*, e così in uso diverso da quello dell'elemosina delle messe, sicché era inadmissibile il capitolo dalli signori Saisi nei primi atti dedotto, vale a dire che la dama loro madre, negli ultimi giorni di sua vita, avea dichiarato essere sua intenzione che li detti effetti e mobili si convertissero nella celebrazione di messe(1).

Soggiunse poscia il detto Notaro Ugo che li signori Saisi ricorrevano illegittimamente al Senato-Consulto Liboniano, giacché nulla avea questo che fare nel caso concreto, in cui non trattavasi d'alcun legato, e d'istituzione fatta dalla dama Saisi a di lui favore, e nulla egli doveva a tal titolo percevere delli detti mobili, ed effetti, come abbondantemente dichiarava, con offerta di asseverarlo con giuramento, né essendo d'altra parte proibito allo scrittore di un testamento di scriversi esecutore testamentario, il di cui officio contiene in se un onere piuttostoché un emolumento.

Chiedette in conseguenza assolversi dalle istanze de' signori Saisi, e pronunciandosi *ex integro* dichiararsi spettargli, in qualità d'esecutore testamentario della dama loro madre, gli effetti, mobili, ed ogni altra cosa trovata, e che esisteva nella di lei casa, per l'adempimento con essi di quanto gli

era stato dalla medesima a viva voce comunicato, e confidato, mediante al bisogno il di lui giuramento d'esser gli stata fatta dalla detta dama la *confidenza* di quanto egli dovesse adempiere colli detti effetti e mobili, in adempimento della di lei volontà, ed intenzione, e che nulla dee a lui spettare de' medesimi, e subordinatamente ammettersi il capitolo che egli avea dedotto nel già menzionato contraddittorio dei 23. novembre(2).

E rimostrò finalmente che sebbene a lui spettasse, e non ad alcun altro di ritirare li detti mobili, ed effetti, per farne l'uso dalla testatrice ad esso lui confidato ed ordinato, chiedeva che in caso di contestazione gli venisse dichiarato lecito di ritirarli nella detta sua qualità d'esecutore testamentario, da farsene però prima l'estimo in contraddittorio de' signori Saisi, e mediante la di lui sottomessione con cauzione di rappresentarli, od il loro valore, ogni qual volta venisse così ordinato; nel che disse che doveva ai medesimi venir preferito, sia perché dal testamento della loro madre risultava che quelli erano esclusi dalla ingerenza in tali effetti, e mobili, sotto pena di privazione della di lei eredità, sia perché riguardo ad esso risultava della qualità d'esecutore testamentario, e della disponibilità di detti mobili, ed effetti, in esecuzione della volontà della testatrice.

XX. Assegnatesi quindi con ordinanza dei 14. detto settembre le parti a comparire in sessione di pubblica udienza, perché dal Magistrato venisse provvisto sovra tutto ciò, e quanto sarebbe in stato di spedizione, venne li 24. stesso mese proferita sentenza, colla quale con voto unanime di cinque Giudici, pronunciando *ex integro*, si dichiarò lecito al Notaro e Procuratore Ugo, nella qualità di esecutore testamentario della dama vedova Saisi, nominato nel di lei testamento dei 30. giugno 1789., di ritirare gli effetti, mobili, ed ogni altra cosa trovata nella casa, in cui abitava la detta Dama in tempo del di lei decesso, ed in essa esistenti, per impiegarli negli usi statigli dalla testatrice in voce confidati, mediante però che il medesimo, in

Note:

(1) Sopra al § 14. *che la dama ecc.*

(2) Sopra al § 13. *che il primo ecc.*

Giurisprudenza

conformità della offerta da esso in atti fatta, giurasse d'avergli fatto la predetta dama la suddetta confidenza, e di nulla dovere a lui spettare de' medesimi effetti, e mobili (al che ha poi egli adempiuto con giuramento alla forma maggiore), compensate fra le parti le spese.

XXI. Di questa sentenza si sono addimandati per parte de' signori fratelli Saisi li motivi.

XXII. La narrazione stessa assai prolissa degli atti che hanno a quella preceduto, e tutto ciò, e quanto dalli medesimi è risultato, pare che sia sufficiente a provarne (senza necessità di maggior dimostrazione) la giustizia, né si è dal Magistrato, che l'ha proferta, dovuto durar gran fatica per opinare nella conformità sovra espressa.

Si rifletteva da' supremi Giudici, che nulla aveva assolutamente che fare nel caso, di cui si agiva, il Senato Consulto Liboniano, giacché lo scrittore e se si vuole compilatore del testamento della dama vedova Saisi, Notaro e Procuratore Ugo, cui venne dalla medesima consegnato sotto li trenta giugno 1789., acciò lo unisse al suo minutarlo, e venisse quindi aperto, e pubblicato subito dopo il di lei decesso, come si eseguì sotto li due del susseguito luglio, non ebbe alcun emolumento o vantaggio dal suddetto testamento, né la qualità d'esecutor testamentario attribuitagli dalla testatrice (colla facoltà però unicamente, e per il fine, de' quali nel sovra riferito di lei testamento) gliene dava alcuno, anzi gli era d'incomodo nell'adempimento delle incombenze da essa appoggiategli, in vista della certezza, in cui era essa testatrice, della di lui probità, come lo esprime nel detto suo testamento.

Il riflettere inoltre che la parola stessa di *confidenza* seco traeva la conseguenza, e la necessità, che chi l'avea avuta non dovesse propalarne il segreto, diversamente da che se la testatrice avesse voluto, che la cosa fosse stata palese, l'avrebbe spiegato nel suo testamento, od in un codicillo, se non si fosse in quello ricordata di esprimerlo.

Si aveva di più presente il riflesso, che avrebbe potuto la *confidenza* fatta dalla testatrice al Notaro Ugo aver relazione (il che per altro nel caso concreto non era credibile, né presumibile) a qualche circostanza o

fatto, da cui avesse potuto ridondarne alla di lei memoria, o degli individui di sua famiglia, un qualche torto, sfregio o disdoro, in qual caso non avrebbe certamente la detta testatrice voluto permettere, che il Notaro chiunque fosse, cui essa si riservava di consegnare il suo testamento, e che fu poscia il Notaro Ugo, pubblicasse tale sua confidenza; e se ne conchiudeva dal Magistrato, che essendo il medesimo stato dalla testatrice ricercato di tener segreta l'incombenza, che gli avrebbe appoggiata relativamente all'uso, che far dovesse de' suddetti mobili, ed effetti, e di quanto sarebbesi ritrovato in di lei casa dopo sua morte, non essendovi legge, né decisione (per quanto si sappia) di Magistrato supremo, che a ciò lo astringano, non dovea obbligarsi a dichiarare ciò che abbiagli la detta testatrice *confidato*.

Appoggiavasi poi anche tal sentimento alla decisione di questo Magistrato in simil materia, di data de' 7. giugno 1777., in causa Toesca e Rey compilata egregiamente, giusta il suo solito d'allora Senatore, ed ora Avvocato Fiscale Generale Reggio, alla quale collimerebbe in parte la decisione del Senato di Piemonte dei 20. marzo 1739., in *caussa Pascrui et de Maliani*, *referente* il fu signor Presidente Conte Bruno.

La sola diversità dal caso nostro a quello della detta decisione, referente Reggio, consisterebbe in ciò, che nella medesima si parlava d'ordine, o sia di confidenza attorno a ciò, che si voleva venisse eseguito, e nel caso del testamento della dama vedova Saisi, si riferiva costei sostanzialmente a quanto si riservava di fare spiegando la sua volontà al Notaro, cui avrebbe rimesso il suo testamento, sebbene poi in altro luogo parlasse di sua volontà ed intenzione *confidata* al detto Notaro (come sopra al numero I.), su qual particolare sarebbe la testatrice incorsa, ossia il Notaro, che a di lei nome compilò e scrisse il suddetto testamento, in una specie di contraddizione, poichè in altra parte erasi già la medesima spiegata parlando delle robbe ed effetti, che legava alle due di lei domestiche Carlina, ed Audiberti, cioè le robbe ed effetti, che a viva voce *confiderebbe* di dare al detto Notaro custode di detto di lei testamento senza ingerenza degli eredi, e quindi (sopra al

numero I.) parlando del suddetto Notaro, *acciò adempisca a quanto al medesimo comunicherò a viva voce di eseguire*: questa diversità però dell'uno, e dell'altro caso non trae seco un modo diverso di opinare.

E sebbene da uno de' Giudici nel nostro caso venisse eccitato che in altro d'egual natura portatosi avanti il suddetto Real Senato di Piemonte(3), erasi da questo, previe conclusioni dell'Ufficio del signor Avvocato Fiscale Generale, coerentemente alle medesime, commesso al signor Relatore della causa Conte Presidente Galli, con sentenza de' ventidue dicembre mille settecento ottanta sei, che chiamato a se il padre Giacomo Galleani si facesse manifestare l'uso che egli far dovea de' mobili, danari ed argenterie de' quali si agiva, e di dar quelle provvidenze, che avrebbe stimato per l'esecuzione della volontà della defunta signora Teresa Cassino nata Vaglianti, onde sembrasse, che si potesse da questo Senato tenere lo stesso sistema; non si stimò che dovesse pronunciarsi diversamente da quanto si è qui giudicato, e ciò pel motivo della diversità d'un caso all'altro; giacché la questione principale in quello del testamento della signora Cassino si raggrava sulla capacità, od incapacità dei chierici regolari Ministri degli infermi, e loro individui, di procurarsi e godere di lasciti, e la questione su cui venne eccitato il sentimento del signor Avvocato Generale avea in mira tutt'altro oggetto estraneo affatto dal caso nostro, né apparisce che si fosse agitata la questione se il padre Galleani dovesse o no propalare l'uso, che dalla testatrice gli fosse stato prescritto di fare, de' mobili, danari ed argenterie, de' quali si agiva; e si rifletteva finalmente, che oltre al non essersi alcuna delle parti opposta al sentimento spiegato nelle conclusioni di detto ufficio dei 7. detto dicembre, in ogni evento neppure sarebbesi avuta una decisione di quel rispettabile Real Senato, ma unicamente una di lui sentenza, ed in un caso tutto diverso dal nostro. E così ecc.

Nota:

(3) Come nella pratica legale, parte seconda, tom. 7, pag. 688 e seg.

Trusts and Trustees Act – II Parte

Malta

Pubblichiamo qui di seguito la seconda parte della nuova legge sui trusts di Malta, come risulta a seguito delle modifiche ad essa apportate nel 2004. La prima parte della legge è stata pubblicata in questa Rivista, 2005, 449.

MISCELLANEOUS PROVISIONS REGARDING TRUSTS

Class interest. 35. (1) Subject to the terms of the trust, the following rules shall apply where a trust, or an interest under a trust, is in favour of a class of persons:

(a) a class closes when it is no longer possible for any other person to become a member of a class;

(b) a woman who is over the age of fifty-five years shall be deemed to be no longer capable of bearing a child;

(c) where any class interest relates to income and for any period there is no member of the class in existence, the income shall be accumulated and, subject to article 12, shall be retained until there is a member of the class in existence or the class closes.

(2) In this section “class interest” means a trust or an interest under a trust which is in favour of a class of persons.

Variation of terms of trust by the court and approval of particular transactions. 36. (1) Subject to the provisions of sub-article (2), the court may, if it thinks fit, by order approve on behalf of -

(a) any person incapacitated at law having directly or indirectly, an interest, whether vested or contingent, under the trust; or

(b) any person, whether ascertained or not, who may become entitled, directly or indirectly, to an interest under the trust as being at a future date or on the happening of a future event a person of any specified description or a member of any specified class of persons; or

(c) any person unborn; or

(d) any person in respect of any interest of his that may arise to him by reason of any discretionary power given to any one on the failure or determination of any existing interest that has not failed or determined,

any arrangement, by whomsoever proposed and whether or not there is any other person beneficially interested who is capable of assenting thereto, varying or revoking all or any of the terms of the trust or enlarging the powers of the trustees of managing or administering any of the trust property.

(2) The court shall not approve an arrangement on behalf of any person coming within subarticle (1)(a), (b) or (c), unless it is satisfied that the carrying out of such arrangement appears to be for the benefit of that person.

(3) Where in the management or administration of a trust, any sale, lease, pledge, charge, surrender, release or other disposition, or any purchase, investment, acquisition, expenditure or other transaction is in the opinion of the court expedient but the same cannot be effected by reason of the absence of any power for that purpose vested in the trustee by the terms of the trust or by law, the court may confer on the trustee, either generally or in any particular circumstance, a power for that purpose on such

terms and subject to such provisions and conditions, if any, as it thinks fit, and may direct in what manner and from what property any money authorised to be expended, and the costs of any transaction, are to be borne.

(4) An application to the court under this section may be made by the trustee or by any beneficiary.

Other powers of the court. 37. (1) A trustee may apply to the court for directives concerning the manner in which he may or should act in connection with any matter concerning the trust; and the court may make such order, if any, as it thinks fit.

(2) The court may also, if it thinks fit -

(a) make an order concerning -

(i) the execution or the administration of any trust; or

(ii) the trustee of any trust, including an order relating to the exercise of any power, discretion or duty of the trustee, the appointment or removal of a trustee, the remuneration of a trustee, the submission of accounts, the conduct of the trustee and any payments into court; or

(iii) any beneficiary or any person having any connection with the trust;

(b) make any declaration as to the validity or enforcement of a trust, the existence of any resulting or constructive trust, breach of trust or failure of a trust;

(c) rescind or vary any order or declaration made under this Act, or make any new or further order or declaration.

(3) An application to the court for an order or declaration under subarticle (2) may be made by the trustee or by any beneficiary or by the Attorney General or by any other person having a lawful interest.

Provided that in cases where the duty to inform a beneficiary of his interest in a trust has been suspended in terms of article 29 and until such suspension is in force, and in the absence of a protector of a trust, the settlor of a trust may also make an application to the Court in terms of this subarticle. Whilst dealing with such application the Court may determine whether the suspension of rights to information as aforesaid be maintained in force in full or in part for all or some of the beneficiaries.

(4) Where the court makes an order for the appointment of a trustee it may impose such conditions as it thinks fit, including conditions as to the vesting of trust property.

(5) Subject to any order of the court, a trustee appointed by the court under this section shall have the same powers, discretions and duties as if he had been originally appointed a trustee.

Order as a result of bad faith. 37A. (1) Where any court makes an order on the demand of a beneficiary who has been prejudiced as a result of bad faith on the part of the trustee in the operation of a trust relationship or in relation to trust property, the court shall have the power to restore the position to what it

Legislazione

was had the action complained of not been taken or otherwise to protect his interests.

(2) When a person domiciled in Malta is obliged to pay maintenance in terms of the Civil Code and is a beneficiary under a discretionary trust, the court shall have such powers as are necessary to review the exercise of discretion by the trustee and give due consideration to the rights of persons entitled to claim maintenance.

Applications, enforcement and hearings. 38. (1) There shall be no appeal from any decree, order, declaration or direction of the Civil Court in its voluntary jurisdiction given under the provisions of this Act.

(2) Such decrees, orders, declarations or directions shall remain in force until they are substituted or varied by the Civil Court in either its voluntary or contentious jurisdiction.

(3) During the hearing of an application before the Court the trustee or applicant shall at the earliest opportunity disclose to the Court all material facts known to him which may be relevant to the application including the existence of any *res judicata* or pending judicial action given or commenced in Malta or before a foreign court.

(4) All applications to the Court shall be notified to the trustee and the applicant shall furthermore notify all persons who he considers having an interest in the subject matter of the application. The Court shall have the power to order notification to all other persons who it considers may have an interest as it deems fit.

(5) The Court shall hear the trustee and any interested parties as it considers appropriate.

(6) Without prejudice to any other power given to the court by virtue of the foregoing provisions of this section or of any other law, where a trustee neglects or refuses to perform any duty or to comply with any order of the court, the court may, on such terms and conditions it may deem appropriate, order that the required action be executed, made or done by such person as the court may appoint for the purpose, at the cost of the trustee in default, or otherwise as the court may direct; and anything so executed, made or done shall operate and have effect for all purposes as if it had been executed, made or done by the trustee.

Confidentiality. 38A. (1) All proceedings under these articles shall be held in camera and only the parties to the proceedings, the trustees, the beneficiaries, if they prove they have an interest in the proceedings to the satisfaction of the Court, and their respective advocates and legal procurators shall be allowed in court during the hearings.

(2) Any decree or judgement of the Court shall preserve the confidentiality of the proceedings and shall only reveal such facts as may be necessary to make the same intelligible and enforceable by the parties and the trustees.

(3) All applications, responses, affidavits, opinions, statements and other documents or evidence shall be kept by the Registrar of the Court in a confidential manner and no access shall be given thereto except with the written consent of the Court.

(4) The Court may order the notification of any order to the depository notary as is referred to in article 43A if it considers it appropriate in the circumstances.

Rules of Court. 38B. The Board established under article 29 of the Code of Organisation and Civil Procedure may make

Rules of Court concerning applications made under or in terms of this Act.

Directions from the Authority. 38C. Without prejudice to any other obligations arising under any other law, a trustee may apply to the Authority for directions concerning the manner in which he may or should act in connection with any matter concerning the trust or its property when such matter relates to the fulfillment of his obligations relating to the prevention of money laundering. Any bona fide communication or disclosure made in terms of this article shall not be treated as a breach of the duty of professional secrecy or any other restriction, whether imposed by statute or otherwise, upon the disclosure of information and any information disclosed in terms of this article shall be used only in connection with investigations of money laundering.

Payment of costs. 39. The costs and expenses of and incidental to an application to the court under this Act shall be paid out of the trust property or be borne and paid in such other manner or by such other person as the court may order.

Protection of persons dealing with trustees. 40. (1) A person acquiring trust property from a trustee in good faith and under an onerous title acquires a good title thereto as if he had acquired it from the person having the absolute title thereto and shall not be affected by the trusts on which the said property is held.

(2) No person paying or advancing money to a trustee shall be concerned to see that such money is required for the purposes of the trust, or that no more than is required is raised, or otherwise as to the propriety of the transaction or the application of the money.

(3) A person dealing with a trustee in relation to trust property need not -

(a) enquire into the terms of the trust; or

(b) obtain the consent of the beneficiaries or any other person,

and shall, subject to being in good faith, be entitled to rely on declarations made by the trustee with regard to any matters therein stated.

(4) The trustee may furnish to any person a certificate containing the following information without being in breach of any confidentiality obligations:

(a) that the trust exists and the date the trust instrument was executed;

(b) the identity and address of the current trustee;

(c) that the trustee is duly authorised and empowered to carry out the relevant transaction and has obtained all necessary consents, if any;

(d) the revocability or irrevocability of the trust and, if revocable, that the trust has not been revoked.

(5) When there is more than one trustee, a certificate may be signed and authenticated by any trustee.

(6) Any trustee who issues any certificate containing any statement which he knows or ought to know is false shall be guilty of an offence and shall on conviction be liable to the punishment of imprisonment for a term not exceeding two years or to a fine (*multa*).

Following trust property and bankruptcy of trustee. 40A.

(1) Without prejudice to the personal liability of a trustee, trust property which has been alienated or dealt with in breach of

trust, or the property into which it has been converted, may be followed and recovered unless it is in the hands of a bona fide purchaser for value without notice of the breach of trust.

Provided that an alienation of immovable property by the trustee as provided by article 958A of the Civil Code shall not give rise to the rights provided in this article in favour of any person claiming a right of legitim.

(2) Where a trustee becomes bankrupt, or insolvent, or upon his property becoming liable to seizure or similar process of law, his creditors shall have no right or claim against the trust property except to the extent that the trustee himself has a claim against the trust.

(3) The court may make an order or directive as it deems fit in the circumstances of the case upon an application made under this section by any beneficiary or creditor as the case may be.

Limitation of action. 41. (1) An action brought against a trustee -

(a) in respect of any fraud to which the trustee was a party or to which he was privy; or

(b) for the recovery from the trustee of trust property in his possession or control or previously received by the trustee and converted to his use,

shall not be barred by prescription except by the lapse of thirty years.

(2) Without prejudice to the provisions of subarticle (1), no action may be brought against a trustee by a beneficiary for breach of trust after the lapse of three years -

(a) commencing from the date of the delivery of the final accounts of the trust to the beneficiary; or

(b) commencing from the date on which the beneficiary first had knowledge of the occurrence of the breach of trust, whichever is the earlier date.

(3) Where the beneficiary is a minor the periods referred to in this section shall not begin to run until the day on which the beneficiary ceases to be a minor.

(4) The periods mentioned in this section shall be interrupted if a judicial act or demand is filed in the competent court and served on the trustee before the expiration of the said period.

REGULATION OF TRUSTEES

Trustees. 42. Persons may carry on the activities as trustees either in a professional or in a private capacity and, as the case may be, shall be subject to the provisions of articles 43 and 43A.

Requirements for authorisation of trustees. 43. (1) Except as provided in terms of subarticles (6) and (7), any person, resident or operating in Malta, or a corporate trustee, who receives property upon trusts or accepts to act as a trustee or co-trustee of a trust and who -

(a) receives or is entitled to remuneration for so acting, or

(b) does so on a regular and habitual basis, or (c) holds himself out to be a trustee,

shall require authorisation by the Authority in terms of this Act irrespective of the proper law of the trusts they hold and whether or not all or part of the trust property is in Malta.

Provided that in the event of reasonable doubt as to what constitutes acting as a trustee on a regular and habitual basis, the matter shall be conclusively determined by the Authority.

(2) The Authority may issue rules to establish when trustees are considered as receiving remuneration, when activity is done

on a regular or habitual basis and when a person holds himself out as a trustee.

(3) Any person, whether an individual or a company may apply in writing to the Authority to be authorised as a trustee and the Authority may grant authorisation upon being satisfied that the conditions laid down in this article have been met and such authorisation may be general or may be restricted to particular specified activities.

(4) The conditions referred to in the preceding subarticle are that:

(i) in the case an applicant is a company:

(a) its objects include acting as trustee and carrying on activities ancillary or incidental thereto, and does not include objects which are not compatible with the services of a trustee; and

(b) its actual activities are compatible and connected with the services of a trustee; and

(c) the directors of the company are not less than three in number and are individuals who are approved persons; and

(d) the company has established adequate systems for maintaining proper records of the identity and residence of beneficiaries, the dealings and the assets in connection with trusts and compliance with applicable law; and

(e) every person who has a direct or indirect interest in the company, is an approved person; and

(f) the name of the company is not inconsistent with its trustee activity; and

(g) where the company is not registered in Malta, that company must be constituted or incorporated in an approved jurisdiction;

(ii) in the case of an applicant who is an individual that such individual -

(a) is resident in Malta or operating in Malta;

(b) is an approved person; and

(c) has established adequate systems for maintaining proper records of the identity and residence of beneficiaries, and of the dealings and the assets of trusts and compliance with applicable law.

(5) A trustee shall notify the Authority of any change or circumstance which would have a bearing upon his status as an authorised person and in the case of a corporate trustee, of any change in its charter, statute, memorandum or articles of association or other instrument constituting the company, directors or members, and in case of companies registered in Malta such changes shall not be registered unless and until they are so notified to and approved by the Authority.

(6) (a) The following persons shall not be required to obtain authorisation in terms of this Act to act as a trustee in the course of carrying on the activities for which they are licenced:

(i) a person who is in possession of a valid licence issued in terms of the Banking Act; or

(ii) a person who is licenced in terms of the Investment Services Act to hold clients' monies or assets; or

(iii) a person who is authorised in terms of the Insurance Business Act or enrolled in the Brokers List under the Insurance Brokers and Other Intermediaries Act to hold clients' monies or assets; or

(iv) a person with an equivalent licence to (i) to (iii) issued by the relevant regulatory authority in an approved jurisdiction.

(b) A person approved by the Malta Maritime Authority to

Legislazione

act as a trustee of a shipping trust or a shipping foundation as defined in article 84Z of the Merchant Shipping Act shall not require any further authorisation in terms of this Act.

(7) Without prejudice to the obligation of any person to obtain authorisation in terms of any other law which may be applicable, the provisions of this article and article 43A shall not apply -

(a) to a person when acting as a trustee under trusts created for the purpose of holding security in the form of hypothecs, pledges, assignments, mandates or otherwise, granted in relation to any financial transaction for the benefit of lenders or other creditors in such transaction;

(b) to a person when acting as trustee of any movable property held as security and for the benefit of persons whose entitlement is conditional or determinable in terms of the trust or the contract in relation to which the holding was created;

(c) to a liquidator, curator in bankruptcy or court appointed administrator acting in the course of the liquidation, bankruptcy or administration;

(d) to a person in possession of a warrant to carry out the profession of an advocate, notary public, legal procurator or certified public accountant but only if acting as a trustee is limited to what is necessary and incidental in the course of carrying out his profession and does not otherwise hold himself out as a trustee to the public; provided he shall be obliged to maintain proper records of clients' assets for a period of not less than five years or longer period as established by any other law governing his profession;

(e) to persons when acting as trustees of a unit trust which is a collective investment scheme which is recognised in terms of the Investment Services Act or which is exempt from licensing in terms of the said Act and the establishment of which is notified to the Authority;

(f) to an individual acting as a trustee under charitable trusts provided he is not remunerated and does not hold himself out as providing such services;

(g) any person acting as a co-trustee when another trustee or, if more than one, the majority of the trustees are authorised in terms of this article;

(h) to companies or other legal entities, established in an approved jurisdiction, the directors of which must be approved persons, and which are wholly owned, including as trustees, and controlled by authorised trustees in terms of this article and which are established solely for the purpose of holding trust property and ancillary acts, the details of which are notified in writing to the Authority by an authorised trustee;

(i) to a party to a contract who agrees to receive or hold property as trustee in the context of or ancillary to the performance of a contract provided that the trustee does not otherwise hold himself out as a trustee to the public and is not remunerated therefor;

(j) to a person holding one or more shares in a company registered in Malta when such shares do not have any special voting rights and their individual nominal value does not exceed one Maltese lira or its equivalent in any other currency.

(8) A person herein referred to may apply to the Authority and the Authority shall authorise in terms of this article:

(i) a person with a licence or authorisation equivalent to subarticle (6)(a)(i) to (iii) issued by the Authority or the relevant regulatory authority in an approved jurisdiction and who

will be acting as trustee not in the course of its ordinary business for which they are licensed; or

(ii) a person having a licence or authorisation to act as a trustee issued by the relevant regulatory authority in an approved jurisdiction.

Provided such person whether Maltese or foreign notifies the Authority, in writing, of its intention to act as a trustee in Malta at least forty-five days prior to commencing activities in Malta, and who receives a confirmation from the Authority that it does not object thereto.

A notification under this subarticle shall outline the proposed activities and shall be accompanied by such information as may be required by the Authority from time to time.

To the extent that the Authority lays down any restrictions or conditions for such activities, on initial response to a notification or at any other time, such restrictions and conditions shall come into effect as stated in the response or by subsequent notice of the Authority.

(9) (a) The holding upon trust of -

(i) securities or interests in or issued by a Maltese legal entity, other than securities which are listed on the Malta Stock Exchange or other recognised investment exchange; or

(ii) immovable property in Malta (hereafter referred to as "relevant property") by trustees who are not authorised shall be permitted only if a person -

(aa) authorised in terms of subarticles (3) and (8), or

(bb) not required to be authorised under subarticle (6)(a) and (7)(e), (g) and (h),

(hereafter referred to as a "qualified person") is engaged in writing by the trustee to carry out the compliance functions referred to in paragraph (b) on an indefinite basis with specific reference to such relevant property and such agreement is notified to the Authority prior to any acquisition of such relevant property taking place and shall be accompanied by such information as may be required by the Authority from time to time.

(b) The qualified person shall ensure due compliance with all fiscal, prevention of money laundering and other legal obligations in connection with relevant property and shall notify the Authority in the event that he resigns, has his engagement terminated or is otherwise hindered in performing his duties hereunder.

(c) Paragraphs (a) and (b) shall also apply to the holding of relevant property by a mandatory for another person.

(d) If at any time there is no qualified person to carry out the functions as required by this subarticle, the Court may appoint a qualified person on the application of the Authority or any interested person.

(e) The Authority may issue rules from time to time prescribing the form and conditions of such notification and functions of qualified persons.

(10) No transactions in relation to relevant property, including assignments of beneficial interests in a trust, shall take place without the prior written consent of a qualified person.

Provided that nothing in this article shall imply that a qualified person is himself a trustee or that he is jointly and severally liable for the performance of obligations of the trustee in relation to relevant property or related transactions.

(11) The requirement for a qualified person shall not apply -

(a) to the holding of one or more shares in a company when

they do not have any special voting rights and their individual nominal value does not exceed one Maltese liri or its equivalent in any other foreign currency; or

(b) to the holding by trustees named and appointed by a will creating the trust in respect of the initial period of six months from the date of acceptance by the trustee in respect of the estate of the testator unless it is necessary to enter into any transaction in relation to relevant property, other than the initial transfers or declarations by the trustee to assume ownership and control of the trust property, in which case a qualified person shall be appointed prior thereto.

(12) Without prejudice to the nature of the legal relationship in any particular case, for the purposes of this article, any person who -

(a) acts as a mandatory in the holding of property for another person; or

(b) acts as an administrator, a trustee, director or similar functionary, exercising control over the assets, by whatever name he may be called, of a private foundation,

shall, not being a person referred to in subarticle (6), require authorisation in terms of this article, irrespective of the extent of his activities, whether remuneration is payable therefor or whether he holds himself out as providing such services or not.

For the purposes of this subarticle a "private foundation" is a foundation established or operating in Malta for the benefit of a private interest or purpose which is not charitable.

(13) Every person who acts as a director of a legal entity as referred to in subarticle (7)(h) and (8)(b), who receives property by way of trust from a trustee to retain it on behalf of such trustee, shall be an approved person.

(14) Nothing in this article shall imply that a person held to be a trustee under a constructive or resulting trust or as a result of any statutory provision or judicial declaration has acted in breach of this Act during any period prior to his becoming aware of such trusts and in such a case it shall be a defence against prosecution under this Act to prove that the said person was unaware of his duties hereunder.

Private trustees and notarial procedure. 43A. (1) In this article the term "Notarial Law" means the Notarial Profession and Notarial Archives Act.

(2) An individual who agrees to act as a trustee because -

(a) he is related to the settlor, by consanguinity or affinity in the direct line up to any degree or in the collateral line up to the fourth degree inclusively, or

(b) he has known the settlor for at least ten years and, in both cases,

(i) is not remunerated, even indirectly, except as permitted by any rules issued by the Authority,

(ii) does not hold himself out as a trustee to the public, and

(iii) does not act habitually as trustee, in any case in relation to more than five settlors at any time,

(hereafter referred to as a "private trustee") may act as a trustee without the need for authorisation in terms of the preceding article, subject to the conditions stated in subarticle (3).

(3) A private trustee shall be permitted to act as trustee under the following conditions which shall apply as the case may be:

(i) in the case of a testamentary trust, that within six months of accepting to act as trustee, he shall draw up an inventory by notarial deed in terms of Part IIIA of the Notarial Law and shall

declare in the deed that the inventory includes all the property under the trust and an extract of the will containing all the terms of the said trust shall be annexed to the said notarial deed;

(ii) in the case of an inter vivos trust, the trust must be created by a notarial trust deed;

(iii) where property, other than immovable property, is added to the trust by a settlor or any other person, in terms of article 10 or by declaration of the trustee, such addition shall be recorded by a notarial trust deed on delivery of the additional property to the trustee, if practicable, but in any case not later than fourteen working days of receipt of such property by the trustee. In the case of immovable property the addition of property shall be carried out by a notarial act, an authenticated copy of which shall be delivered to the depository notary for safekeeping and registration with the trust documents within such time;

(iv) records of meetings with beneficiaries, advisors or protectors, the exercise of discretion by the trustee in appointing or removing a beneficiary, in reducing, distributing or advancing trust property, in the termination of the trust for any reason, or other material events shall be rendered in writing and shall, together with any annual accounts and Court decrees, orders, declarations or directions which may be issued in relation to trust property, be delivered to the depository notary;

(v) in all cases, the trustee shall declare the facts applicable to himself to show that he does not require authorisation to act as a trustee in terms of this Act and is not disqualified in terms of article 53, after the notary has warned him as to the importance of the truthfulness of such declarations;

(vi) in the case of a trust relating to relevant property for the purposes of article 43(9), the depository notary shall ascertain that the provisions of article 43 are observed by the trustee.

(4) Where the trustee is a private trustee, the notary public who publishes a will containing a testamentary trust or receives a notarial trust deed inter vivos shall be the sole depository of all acts referred to in the preceding subarticle and such notary shall be known as the depository notary.

Provided that if such notary public is appointed as a trustee in the deed creating the trust and accepts to so act, such notary shall ensure that the deed of trust names another notary public to carry out the functions of the depository notary.

(5) Notwithstanding any other law relating to the profession of notaries public, a notary who receives a will or notarial trust deed shall not be precluded from being appointed as the trustee in such deed but if a notary is a trustee he may not act as the depository notary or the notary keeper.

Provided that should the depository notary be appointed trustee subsequent to the creation of a trust, his acceptance to act shall be conditional on such notary delivering all trust documents to another depository notary to the satisfaction of the Authority and as provided in subarticle (9).

(6) All documents relative to a trust shall be submitted to the depository notary within fifteen days of coming into existence or of coming into possession of the trustee or of the date of relevant event to which the document refers, as the case may be. On receipt of any such document the notary shall declare in writing on the document the date, time, and place of receipt. Such declaration shall, until the contrary is proved, be evidence of its content. All such documents shall be held for safekeeping and

Legislazione

registration in the manner as may be laid down by the Authority from time to time.

(7) The trust deed and all documents relative to a trust filed with a depository notary shall be confidential. The depository notary shall not be obliged to provide information on the trust deed or any other document relative thereto except as provided by this Act and with the written consent of the trustee or upon an order of the Court.

(8) Where in terms of Notarial Law a notary keeper has been appointed instead of the depository notary, the notary keeper shall be the depository notary relative to the trust and a reference to the depository notary in this or any other law shall be construed accordingly.

(9) The trustee may, by notice in writing to the notary and to the Authority, substitute the depository notary or the notary keeper in his capacity as the depository notary and the latter shall deliver to the substitute depository notary all documents in his possession in the preceding subarticles and, in case of public deeds, authenticated copies thereof and this within thirty days from the date of the receipt of such notice, unless otherwise ordered not to do so by the Authority. The substituted notary may request a written receipt and keep copies of the documents delivered to the appointed depository notary but shall keep such copies secure and in strict confidence and shall not provide access to any person other than the serving depository notary, the trustee or the Authority.

(10) A notary who fails to observe the provisions of this article shall be guilty of an offence and shall on conviction be liable to a fine (ammenda) of not less than fifty liri and not more than one hundred liri.

Provided that no proceedings shall be instituted where the notary, upon a notice in writing by the Authority admits liability to pay such fine at its maximum amount.

(11) When a trust is created in accordance with the provisions of this article, the trustee shall remain subject to the requirements set out in relation to the depository notary until the termination of the trust even if the trustee becomes authorised or is substituted by a trustee authorised or not required to be authorised in terms of article 43.

(12) When a trust is not created in accordance with the provisions of this article and a private trustee is subsequently appointed to office, it shall be a condition to his acceptance to act that a notarial deed of acceptance be executed in such manner that the provisions of this article are observed as far as possible at that stage, reference being made to the settlor for the purposes of the note of enrollment and a full inventory, of the trust property being transferred to the trustee, being attached.

(13) If any person wishes to create a trust and appoints a trustee other than a private trustee and also wishes that the provisions of this article apply, such person may choose to do so by notifying the notary public that it is his wish that the provisions of this article apply and that the notary act as depository notary under the provisions of this article. In such case the notary shall request the trustee to declare, in lieu of the declaration in subarticle (3)(v), that he is authorised, or not required to be authorised, in terms of article 43 and is aware of his obligations under this article. In such cases the requirement of article 50 of the Notarial Law to the effect that the Notary registers a note of enrollment relating to the creation of the trust shall not apply if the settlor expressly exempts him from such duty.

(14) In all cases the Court may exercise the power to appoint, remove, substitute and give directions to a depository notary on the application of the depository notary, any interested person or the Authority.

APPLICATION, GRANT, REVOCATION, ETC., OF AUTHORISATION

Application for authorisation. 44. An application for authorisation in terms of article 43 shall be made in the form and manner required by the Authority and shall furthermore:

(a) contain or be accompanied by such information and particulars, in addition to those required by this article, as the Authority may require or as may be prescribed;

(b) be verified in the manner and to the extent required by the Authority, or as may be prescribed;

(c) contain the address in Malta for service on the applicant of any notice or other document required or authorised to be served on him by or under this Act;

(d) be accompanied by such fee as may be prescribed in respect of the authorisation applied for.

Power to refuse or grant authorisation. 45. (1) The Authority may grant or refuse to grant authorisation applied for under this Act.

(2) In granting authorisation the Authority may subject it to such conditions as it may deem appropriate, and having granted authorisation it may, from time to time, vary or revoke any condition so imposed or impose new conditions.

(3) When considering whether to grant or refuse authorisation the Authority shall, in particular, have regard to:

(a) the protection of settlers and beneficiaries; and

(b) the protection of the reputation of Malta taking into account Malta's international commitments; and

(c) the promotion of competition and choice.

(4) Without prejudice to the provisions of article 43(8), the Authority shall notify any applicant of its decision whether to grant or refuse to grant the licence applied for within three months from the receipt of a complete application made in compliance with the applicable provisions of this Act.

(5) Any requirement in this Act that a person be an approved person to carry out certain activities or functions shall be interpreted as a requirement that, in the case of a legal entity, any director or officer of such person, and, in the case of a trust, each one of its trustees, be an approved person to carry out such activities or functions.

Power to cancel or suspend authorisation. 46. The Authority may at any time cancel or suspend an authorisation in accordance with the provisions of this Act:

(a) if it considers that the holder thereof is not or is no longer an approved person to act as a trustee; or

(b) if it considers that the holder thereof does not fulfil the requirements of, or has contravened, any of the provisions of this Act or of any rules or regulations made thereunder, or has failed to satisfy or comply with any obligation or condition to which he or the authorisation is subject by virtue of or under this Act; or

(c) if the Authority has been furnished by or on behalf of the authorised trustee with information which is false, inaccurate or misleading; or

(d) if the authorised trustee has not commenced activities

within the term which may be provided for in the authorisation or has ceased to provide such service; or

(e) if it considers it desirable to cancel or suspend the authorisation for the protection of the general public or the reputation of Malta taking into account Malta's international commitments; or

(f) at the request of the authorised trustee; or

(g) in any other circumstances under which the Authority would have been precluded from issuing an authorisation under this Act or where it would have been entitled to refuse the grant of such authorisation.

Notification of proposed refusal, variation, cancellation or suspension of an authorisation. 46A. (1) Where the Authority proposes -

(a) to vary any condition to which the authorisation is subject or to impose a condition thereon; or

(b) to refuse an application for an authorisation or to cancel or suspend an authorisation,

it shall give the applicant or, as the case may be, the authorised trustee notice in writing of its intention to do so, setting out the reasons for the decision it proposes to take.

(2) Every notice given under subarticle (1) shall state that the recipient of the notice may, within such reasonable period after the service thereof as may be stated in the notice, being a period of not less than forty-eight hours and not longer than thirty days, make representations in writing to the Authority giving reasons why the proposed decision should not be taken, and the Authority shall consider any representation so made before arriving at a final decision.

(3) The Authority shall as soon as practicable notify its final decision in writing to the applicant or the authorised trustee, as the case may be.

REGULATORY AND INVESTIGATORY POWERS

Power to require information. 47. (1) Notwithstanding any other provision of this Act, the Authority may, by notice in writing, require any person who is or was acting, or who appears to be or to have been acting as trustee, or who was providing services which require authorisation according to this Act, and any other person who appears to be in possession of relevant information to do all or any of the following:

(a) to furnish to the Authority, at such time and place and in such form as it may specify, such information and documentation as it may require with respect to any such activities as aforesaid;

(b) to furnish to the Authority any information or documentation aforesaid verified in such manner as it may specify;

(c) to attend before the Authority, or before a person appointed by it, at such time and place as it may specify, to answer questions and provide information and documentation with respect to any such activities as aforesaid.

(2) The Authority may take copies of any documents furnished or provided under this article.

(3) Where the person required to provide information or documentation under this article does not have the relevant information or documentation, he shall disclose to the Authority where, to the best of his knowledge, that information or documentation is, and the Authority may require any person, whether indicated as aforesaid or not, who appears to it to be in possession of that information or documentation, to provide it.

(4) A statement made and documentation provided in pursuance of any requirement under this article may be used in evidence against the person making the statement or providing the documentation as well as against any person to whom they relate.

(5) Except as provided for in article 642(1) of the Criminal Code and of article 588(1) of the Code of Organization and Civil Procedure, the provisions of this article shall apply to all information or documentation notwithstanding the provisions of the Professional Secrecy Act.

(6) The power to require the production of documentation under the provisions of this article shall be without prejudice to any lien or charge claimed by any person in relation to such documentation.

(7) Where the Authority has appointed a person under subarticle (1)(c), such person shall, for the purposes of carrying out his functions under his appointment, have all the powers conferred on the Authority by this article and a requirement made by him shall be deemed to be and have the same force and effect as a requirement of the Authority.

Power to issue directives. 48. (1) Without prejudice to any of the powers conferred on it by this Act, the Authority may, whenever it deems it necessary, give, by notice in writing, such directives as it may deem appropriate in the circumstances; and any person to whom or to which the notice is given shall obey, comply with and otherwise give effect to any such directive within the time and in the manner stated in the directive.

(2) Without prejudice to the generality of the foregoing provisions of this article, a directive under this article may -

(a) require anything to be done or be omitted to be done, or impose any prohibition, restriction or limitation, or any other requirement, and confer powers, with respect to any transaction or other act, or to any assets, or to any other thing whatsoever;

(b) require that any person having functions of a trustee be removed or replaced by another person acceptable to the Authority;

(c) require a trustee to cease operations and to wind up its affairs, in accordance with such procedures and directions as may be specified in the directive, which may provide for the appointment of a person to take possession and control of all documents, records, assets and property belonging to or in the possession or control of the trustee.

(3) The power to give directives under this article shall include the power to vary, alter, add to or withdraw any directive, as well as the power to issue new or further directives.

(4) Where the Authority is satisfied that the circumstances so warrant, it may at any time make public any directive it has given under any of the provisions of this article.

Exchange of information and collaboration. 49. (1) In relation to trustees, the provisions of article 17 of the Malta Financial Services Authority Act shall apply *mutatis mutandis*.

(2) The Authority may exercise the powers granted to it by virtue of this Act at the request of or for the purposes of assisting an overseas regulatory authority:

(a) where the assistance is required by the overseas regulatory authority for the purposes of the exercise of one or more of its regulatory functions; or

(b) where so required within the terms of Malta's international commitments; or

(c) where so required within the terms of undertakings assu-

Legislazione

med in bilateral or multilateral agreements for the exchange of information and other forms of collaboration with overseas regulatory authorities including a request under a memorandum of understanding concluded with the Authority.

Right of entry. 50. (1) Any officer, employee or agent of the Authority, on producing, if required, evidence of his authority, may enter premises occupied by a person on whom a notice has been served under this Act for the purpose of obtaining the information or documents required by that notice, or otherwise for the purpose of the investigation, and of exercising any of the powers conferred upon it.

(2) Where any officer, employee or agent of the Authority has reasonable cause to believe that if such notice as is referred to in subarticle (1) were served it would not be complied with or that any documents to which it could relate would be removed, tampered with or destroyed, such person may, on producing, if required, evidence of his authority, enter any premises referred to in subarticle (1) for the purpose of obtaining from there any information or documents specified in the authority, being information or documents that could have been required under such notice as is referred to in subarticle (1).

(3) For the purposes of any action taken under the provisions of this article, the Authority may request the assistance of the Commissioner of Police, who may for such purpose exercise such powers as are vested in him for the prevention of offences and the enforcement of law and order.

SANCTIONS

Offences. 51. (1) Any person who contravenes or fails to comply with any of the provisions of this Act, or contravenes or fails to comply with any authorisation, condition, obligation, requirement, directive or order made or given under any of the provisions of this Act, shall be guilty of an offence.

(2) Any person who for the purposes of, or pursuant to, any of the provisions of this Act or of any rules or regulations made thereunder, or any condition, obligation, requirement, directive or order made or given as aforesaid, furnishes information or makes a statement or declaration which he knows to be inaccurate, false or misleading in any material respect, or recklessly furnishes information or makes a statement which is inaccurate, false or misleading in any material respect, shall be guilty of an offence.

(3) Any person who with intent to avoid detection of the commission of an offence under this Act, removes, destroys, conceals or fraudulently alters any book, document or other paper, shall be guilty of an offence.

(4) Any person who intentionally obstructs a person exercising rights conferred by this Act shall be guilty of an offence.

(5) Any person who acts or purports to act as a trustee in Malta without being authorised to do so by the Authority, when so required in terms of this Act, shall be guilty of an offence.

(6) Any person who is guilty of an offence under subarticles (1), (2), (3), (4) and (5) and, saving any higher punishment which may be provided under any other law, shall be liable, on conviction, to a fine (multa) not exceeding two hundred thousand liri or to a term of imprisonment not exceeding four years, or to both such fine and imprisonment.

(7) Where a trustee contravenes or fails to comply with any of the conditions imposed in an authorisation issued under article 43, or the conditions imposed in article 43A, or contravenes

or fails to comply with any directive, obligations or other requirement made or given by the Authority, the Authority may impose an administrative penalty which may not exceed forty thousand liri.

(8) A breach or non-observance by any person of any provision of this Act relating to the authorisation of such person to act as a trustee or otherwise shall not in any manner prejudice the validity or enforceability of a trust or affect the duties and responsibilities of such person in terms of this Act.

RULES

Power to issue rules. 52. (1) The Authority may issue rules governing trustees, whether authorised or not required to obtain authorisation in terms of this Act, the operations of trustees in Malta, and on the qualifications to act as trustees. The rules shall be binding on the trustees and other persons as may be specified therein. The rules may lay down additional requirements and conditions in relation to the activities of trustees, their responsibilities to the Authority, a code of conduct, and any other matters as the Authority may consider appropriate, including the form and content of accounting records to be kept by trustees.

(2) The Authority may also issue rules to establish which activities constitute administrative services in relation to trusts and to establish the criteria for the conduct of these activities.

Disqualification orders. 53. (1) The court, upon the application of the Authority, may make a disqualification order against any person who is found guilty of an offence under this Act or any other law, other than an offence punishable only with a fine, or who has infringed any requirement of this Act.

(2) The court, upon the application of the Authority or any interested person, may also make a disqualification order against any person if it is satisfied that his conduct as a trustee of a trust, either taken alone or taken together with his conduct as a trustee of any other trust or trusts, makes him unfit to be a trustee.

(3) A disqualification order made under this article may be for a minimum period of one year and a maximum period of fifteen years.

(4) For the purposes of this article, a disqualification order is an order whereby a person shall not, without leave of the court -

(a) be a trustee of a trust or a private foundation; or

(b) be delegated any functions, duties or powers of a trustee;

or

(c) perform or exercise any functions or otherwise act in a fiduciary capacity in relation to a mandate, trust or a private foundation.

(5) A notice of a disqualification order made under this article shall -

(a) be delivered by the Registrar of Courts to the Authority;

(b) be furthermore recorded in a register to be kept for this purpose by the Authority and which shall be open for public inspection.

(6) Any person who, while being subject to a disqualification order, acts in contravention thereof, shall be guilty of an offence and liable on conviction to a fine (multa) of not more than twenty thousand liri or imprisonment for a term not exceeding three years or to both such fine and imprisonment.

(7) The provisions of this article shall be without prejudice to any other offences or remedies which may exist under any other law.

Persons not qualified to act as trustees. 54. A person shall not be qualified for appointment or to hold office as trustee if -

- (a) he is interdicted or incapacitated or is an undischarged bankrupt;
- (b) he has been convicted of any of the crimes affecting public trust or of theft or of fraud or of knowingly receiving property obtained by theft or fraud;
- (c) he is a minor; or
- (d) he is subject to a disqualification order under article 53.

APPEALS

Appeals. 55. (1) In this article, the "Financial Services Tribunal" means the Tribunal established in terms of article 21 of the Malta Financial Services Authority Act, and the term "Tribunal" shall be construed accordingly; and the provisions of the said article 21 shall, except in so far as any of them is incompatible with the provisions of this article, apply to appeals made to the Financial Services Tribunal under this Act.

(2) Any person who is aggrieved by a decision of the Authority -

- (a) to refuse the issue of an authorisation;
- (b) to impose or vary any condition of an authorisation;
- (c) to impose or vary any restriction;
- (d) to revoke an authorisation;
- (e) to make any order under this Act,

may appeal against the decision to the Financial Services Tribunal within such period and under such conditions as are established under the Malta Financial Services Authority Act.

(3) An appeal against a decision of the Authority shall not suspend the operation of that decision.

Meaning of term trustee. 56. For the purpose of articles 44 till 55 the term "trustee" shall be construed as including those persons referred to in article 43(12).

GENERAL PROVISIONS

Power to make regulations or rules. 57. (1) The Minister may, on the advice of the Authority make regulations or rules for the better carrying out of any of the provisions of this Act, and may, in particular, but without prejudice to the generality of the foregoing, by any such regulations or rules -

(a) provide for the returns, statements, and notices to be made or given for any of the purposes of this Act, and the form and contents thereof;

(b) regulate the conduct, duties and other obligations of trustees, including the returns, statements and other information they are to submit to the Authority, and establish the maximum amount which, notwithstanding any provision of this Act, may be charged as fees by such trustees;

(c) alter any fees established by any provision of this Act, and amend any such provision accordingly to reflect changes in the cost of living or in the value of currencies, and establish such other fees as may be deemed appropriate in respect of any matter for which a fee is not provided by this Act.

Provided that no alteration of any fees shall have effect before the expiration of one year from the publication of such alteration in the Gazette;

(d) make rules of court for any purpose of this Act and of proceedings thereunder, providing by such rules for any matter

referred to in section 29 of the Code of Organization and Civil Procedure;

(e) to further regulate the activities of trustees as well as the services provided and activities carried on or in conjunction therewith or in relation thereto, providing for any matter he may deem expedient including the creation and exercise of rights by or for the benefit of the beneficiaries or settlors and the imposition of duties and obligations on persons authorised to act as trustees;

(f) to establish the requirements relating to the books of account to be maintained by trustees, the form and content of accounts which trustees are obliged to prepare, which accounts have to give a true and fair view of the assets under trusts, the requirements of review or audit on such accounts, the duties of auditors who may be engaged and related matters;

(g) to exempt any activities or classes of persons from the requirements of articles 43 and 43A and to impose conditions he may deem fit for eligibility for exemption;

(h) without prejudice to any rules which may apply in terms of the Investment Services Act, to establish rules applicable to the responsibilities of trustees of unit trusts under this Act, the issue of units, the rights and responsibilities of unit holders and any other matters which may need to be regulated relating to unit trusts;

(i) to regulate any matters in connection with the use of trusts in commercial transactions, to establish conditions for such use including the prohibition of such use, and to amend the definition of commercial transactions in the Act;

(j) to regulate any matter in relation to security trustees and security trusts, including the definition of what constitutes fair and reasonable actions in relation to enforcement of security trustees;

(k) to regulate trusts which provide for maintenance of persons or for the provision of annuities or pensions;

(l) to regulate the accumulation of income and distribution of income and capital by trustees and ancillary matters;

(m) to regulate the duties of private trustees and the duties and functions of depository notaries, procedures to be adopted for the safekeeping and registration of all documents filed with such notary in relation to a trust and all ancillary matters;

(n) to regulate matters in relation to trusts created by holders of public office and such other persons as may be prescribed, including the qualifications of the trustees, the powers of appointment of such trustees, the powers and duties of such trustees, the rights of beneficiaries and third parties in such cases and all ancillary matters;

(o) prescribe any matter that may or is to be prescribed.

(2) Regulations made under any of the provisions of this Act may be made in the English language only.

TRANSITORY PROVISIONS - ACT XIII OF 2004.

Transitory provisions. 35. (1) The following provisions in this Part shall apply in relation to registered trusts, trustees of unregistered trusts, licensed nominees and nominee companies as referred to in the principal Act (Cap. 331) as in force immediately before the coming into force of this Part and the Malta Financial Services Centre Act as retained in force by Act XVII of 2002 (hereinafter referred to as "the applicable law").

Legislazione

Registered trusts.

(2) Upon the coming into force of this Part no further trusts shall be registered in terms of the principal Act as in force immediately before the coming into force of this Part.

(3) All trusts registered prior to the coming into force of this Part shall continue to be regulated by the principal Act as in force immediately before the coming into force of this Part for a maximum period of ten years from the date of their registration and they shall continue to enjoy the rights and exemptions and other privileges due as provided by the principal Act as in force immediately before the coming into force of this Part.

(4) A trustee of a registered trust in relation to which the period of ten years has expired prior to the coming into force of this Part shall amend the trust deed in consultation with the settlor, any protector or other interested parties so as to achieve compliance with the principal Act as amended by this Part within a maximum period of two years from the coming into force of this Part.

(5) A trustee of a registered trust in relation to which the said period of ten years is due to expire on or after the coming into force of this Part shall amend the trust deed in consultation with the settlor, any protector or other interested party so as to achieve compliance with the principal Act as amended by this Part within a maximum period of two years from the expiry of the said period of ten years.

(6) Notwithstanding the provisions of subarticles (4) and (5), a trustee of a registered trust may at any time prior to the lapse of said period of ten years amend the trust deed as aforesaid to achieve compliance with the principal Act as amended by this Part and such amendment shall imply a waiver of all rights and exemptions and other privileges contemplated by the provisions of the principal Act as in force immediately before the coming into force of this Part.

Trustees of unregistered trusts.

(7) The trustee of any trust, other than a registered trust, which is in existence on the date of the coming into force of this Part, and to which the provisions of article 43(1) of the principal Act as amended by this Part applies, shall, within two years of such date, do all such acts as may be necessary to comply with the provisions of the principal Act including:

(a) applying for and obtaining authorisation as a trustee in terms of article 43 of the principal Act as amended by this Part; or

(b) making the relevant declarations and preparing such inventory of trust assets as required by article 43A of the principal Act as amended by this Part; or

(c) notifying the Authority of his activities to the extent necessary; or

(d) cease to act as a trustee in Malta unless he obtains authorisation as required by the principal Act as amended by this Part.

(8) Nothing validly done in relation to a trust prior to the coming into effect of this Part shall be affected hereby and no action carried out prior to the coming into force of this Part and, without prejudice to any trust regulated by a foreign law and the provisions of the Recognition of Trusts Act, no relationship in existence prior to the coming into force of this Part shall be treated as a trust relationship unless it unambiguously appears from the relationship that it was intended to create a trust relationship.

Licensed nominees.

(9) On the coming into force of this Part, no further licences to act as a licensed nominee shall be issued in terms of the applicable law and all existing valid licences issued up to such date shall expire upon the lapse of two years from the coming into force of this Part.

(10) (a) Upon the lapse of six months from the coming into force of this Part and until the expiry date referred to in subarticle (9), no licensed nominee shall undertake any new nominee activities and licensed nominees shall only continue to service existing arrangements.

(b) A licensed nominee shall, prior to the lapse of two years from the coming into force of this Part -

(i) either apply for authorisation under article 43 of the principal Act as amended by this Part;

(ii) or cease its business activities.

Provided that if such licensed nominee does not obtain authorisation to act as a trustee under article 43, such licensed nominee shall be obliged to ensure that all rights of property held under trusts or other arrangements are transferred in the form required by law to a person who is duly authorised to act as trustee in terms of article 43 or that the provisions of article 43A are fully complied with, as the case may be.

(11) Notwithstanding any limitation in any memorandum and articles of association of any licensed nominee company in terms of the applicable law, any such company may at any time apply for and may be granted authorisation to act as a trustee in terms of the principal Act as amended by this Part.

(12) Upon the issue, in terms of article 43 of the principal Act as amended by this Part, of authorisation to any such company to act as a trustee in terms of article 43 of the said Act, any licence issued pursuant to the applicable law shall expire and be cancelled and shall be surrendered to the Authority.

Nominee companies.

(13) Upon the coming into force of this Part no further warrants to act as a nominee company shall be issued in terms of the applicable law.

(14) (a) Where upon the coming into force of this Part, a nominee company is solely performing the functions of liquidator of offshore companies, it shall immediately submit its warrant to the Authority for modification and such warrant shall continue to be renewed only in relation to the functions of liquidator and until such time as the nominee company completes the winding up of such offshore companies, whereupon the nominee company shall immediately surrender its modified warrant to the Authority for cancellation.

(b) A nominee company solely performing the functions of liquidator as aforesaid shall not act as trustee in any manner and shall not be entitled to apply for authorisation to act as trustee in terms of the principal Act as amended by this Part.

(15) (a) Where upon the coming into force of this Part, a nominee company is solely performing the functions of trustee of registered trusts, the warrant of such nominee company shall be renewable for a maximum period of two years from the coming into force of this Part and such nominee company shall, during the said period, continue to be regulated by the principal Act as in force prior to the coming into force of this Part and by the relevant provisions of the applicable law.

(b) A nominee company solely performing the functions of

trustee as aforesaid shall, prior to the lapse of the period of two years from the coming into force of this Part:

- (i) either apply for authorisation to act as trustee under article 43 of the principal Act as amended by this Part,
- (ii) or cease to act as trustee.

Provided that where such nominee company does not obtain authorisation to act as trustee under article 43, it shall be bound to ensure that all the rights of property under trusts and all other arrangements are transferred in the form required by law to a person authorised to act as trustee in terms of article 43 or that the provisions of article 43A are fully complied with, as the case may be.

(16) Where upon the coming into force of this Part, a nominee company is performing both the functions of liquidator of offshore companies and also the functions of trustee of registered trusts, the provisions of subarticle (12) shall mutatis mutandis apply to such nominee company in respect of its functions of trustee and the provisions of subarticle (11)(a) shall mutatis mutandis apply to such nominee company in respect of its functions of liquidator, and the modification of its warrant as provided for in subarticle (11)(a) shall be required only in respect of any period following the lapse of two years from the coming into force of this Part, during which the nominee company continues to act as liquidator of offshore companies.

(17) The Authority shall have the power to require such changes to the memorandum and articles of association of any licensed nominee or any nominee company applying for authorisation, including a change in name to the extent considered necessary, so as to more suitably reflect its status, provided that any such changes shall not affect the authorisation of the company to act as a trustee in terms of the principal Act as amended by this Part or the functions as liquidator of a nominee company under the applicable law.

SCHEDULE

(Articles 2 and 5A)

CONVENTION ON THE LAW APPLICABLE TO TRUSTS AND ON THEIR RECOGNITION

CHAPTER 1- SCOPE

Article 1

This Convention specifies the law applicable to trusts and governs their recognition.

Article 2

For the purposes of this Convention, the term "trust" refers to the legal relationship created - inter vivos or on death - by a person, the settlor, when assets have been placed under the control of a trustee for the benefit of a beneficiary or for a specified purpose.

A trust has the following characteristics:

- (a) the assets constitute a separate fund and are not a part of the trustee's own estate;
- (b) title to the trust assets stands in the name of the trustee or in the name of another person on behalf of the trustee;
- (c) the trustee has the power and the duty, in respect of which he is accountable, to manage, employ or dispose of the assets in accordance with the terms of the trust and the special duties imposed upon him by law. The reservation by the settlor of certain rights and powers, and the fact that the trustee may himself have rights as a beneficiary, are not necessarily inconsistent with the existence of a trust.

Article 3

The Convention applies only to trusts created voluntarily and evidenced in writing.

Article 4

The Convention does not apply to preliminary issues relating to the validity of wills or of other acts by virtue of which assets are transferred to the trustee.

Article 5

The Convention does not apply to the extent that the law specified by Chapter II does not provide for trusts or the category of trusts involved.

CHAPTER II - APPLICABLE LAW

Article 6

A trust shall be governed by the law chosen by the settlor. The choice must be express or be implied in the terms of the instrument creating or the writing evidencing the trust, interpreted, if necessary, in the light of the circumstances of the case.

Where the law chosen under the previous paragraph does not provide for trusts or the category of trust involved, the choice shall not be effective and the law specified in Article 7 shall apply.

Article 7

Where no applicable law has been chosen, a trust shall be governed by the law with which it is most closely connected. In ascertaining the law with which a trust is most closely connected reference shall be made in particular to:

- (a) the place of administration of the trust designated by the settlor;
- (b) the situs of the assets of the trust;
- (c) the place of residence or business of the trustee;
- (d) the objects of the trust and the places where they are to be fulfilled.

Article 8

The law specified by Article 6 or 7 shall govern the validity of the trust, its construction, its effects, and the administration of the trust.

In particular that law shall govern -

- (a) the appointment, resignation and removal of trustees, the capacity to act as a trustee, and the devolution of the office of trustee;
- (b) the rights and duties of trustees among themselves;
- (c) the right of trustees to delegate in whole or in part the discharge of their duties or the exercise of their powers;
- (d) the power of trustees to administer or to dispose of trust assets, to create security interests in the trust assets, or to acquire new assets;
- (e) the powers of investment of trustees;
- (f) restrictions upon the duration of the trust, and upon the power to accumulate the income of the trust;
- (g) the relationships between the trustees and the beneficiaries including the personal liability of the trustees to the beneficiaries;
- (h) the variation or termination of the trust;
- (i) the distribution of the trust assets;
- (j) the duty of trustees to account for their administration.

Article 9

In applying this Chapter a severable aspect of the trust, par-

Legislazione

ticularly matters of administration, may be governed by a different law.

Article 10

The law applicable to the validity of the trust shall determine whether that law or the law governing a severable aspect of the trust may be replaced by another law.

CHAPTER III – RECOGNITION

Article 11

A trust created in accordance with the law specified by the preceding Chapter shall be recognised as a trust. Such recognition shall imply, as a minimum, that the trust property constitutes a separate fund, that the trustee may sue and be sued in his capacity as trustee, and that he may appear or act in this capacity before a notary or any person acting in an official capacity. In so far as the law applicable to the trust requires or provides, such recognition shall imply, in particular -

- (a) that personal creditors of the trustee shall have no recourse against the trust assets;
- (b) that the trust assets shall not form part of the trustee's estate upon his insolvency or bankruptcy;
- (c) that the trust assets shall not form part of the matrimonial property of the trustee or his spouse nor part of the trustee's estate upon his death;
- (d) that the trust assets may be recovered when the trustee, in breach of trust, has mingled trust assets with his own property or has alienated trust assets. However, the rights and obligations of any third party holder of the assets shall remain subject to the law determined by the choice of law rules of the forum.

Article 12

Where the trustee desires to register assets, movable or immovable, or documents of title to them, he shall be entitled, in so far as this is not prohibited by or inconsistent with the law of the State where registration is sought, to do so in his capacity as trustee or in such other way that the existence of the trust is disclosed.

Article 14

The Convention shall not prevent the application of rules of law more favourable to the recognition of trusts.

CHAPTER IV - GENERAL CLAUSES

Article 15

The Convention does not prevent the application of provisions of the law designated by the conflicts rules of the forum, in so far as those provisions cannot be derogated from by voluntary act, relating in particular to the following matters:

- (a) the protection of minors and incapable parties;
- (b) the personal and proprietary effects of marriage;
- (c) succession rights, testate and intestate, especially the indefeasible shares of spouses and relatives;
- (d) the transfer of title to property and security interests in property;
- (e) the protection of creditors in matters of insolvency;
- (f) the protection, in other respects, of third parties acting in good faith.

If recognition of a trust is prevented by application of the preceding paragraph, the court shall try to give effect to the objects of the trust by other means.

Article 16

The Convention does not prevent the application of those provisions of the law of the forum which must be applied even to international situations, irrespective of rules of conflict of laws.

Article 17

In the Convention the word "law" means the rules of law in force in a State other than its rules of conflict of laws.

Article 18

The provisions of the Convention may be disregarded when their application would be manifestly incompatible with public policy (*ordre public*).

Article 22

The Convention applies to trusts regardless of the date on which they were created.

Proposta di decreto federale che approva la Convenzione de L'Aja – II Parte

Svizzera

Pubblichiamo qui di seguito la seconda parte del rapporto esplicativo del 16 settembre 2004 relativo alla procedura di consultazione per la ratifica da parte della Svizzera della Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985. La prima parte del rapporto è stata pubblicata in questa Rivista, 2005, 459.

1.5 Revisione della LDIP quale alternativa alla ratifica della Convenzione

La maggiore certezza del diritto perseguita con la ratifica della Convenzione dell'Aia sui trust potrebbe essere ottenuta anche conferendo maggior chiarezza alle norme della LDIP in rapporto con il trust. Rispetto a una semplice revisione della LDIP, la ratifica della Convenzione presenta tuttavia due evidenti vantaggi: primo, consentirebbe alla Svizzera di partecipare a un'opera di unificazione internazionale del diritto nel campo del diritto internazionale privato del trust; secondo, avrebbe una risonanza internazionale. In caso di ratifica della Convenzione, la certezza del diritto conseguita in Svizzera riguardo al trattamento dei trust stranieri lancerebbe un segnale a livello internazionale. Una soluzione incentrata sulla sola LDIP sarebbe ragionevolmente da preferirsi soltanto nel caso in cui, dal punto di vista svizzero, le norme della Convenzione non dovessero offrire una soluzione soddisfacente. Nel rapporto esplicativo relativo alla preconsultazione informale (n. 36) si dimostra che così non è, e che invece i criteri di collegamento previsti dalla Convenzione ben si conciliano con i principi generali della LDIP.

1.6 Risultati della procedura di consultazione preliminare

Nell'ambito della fase di preconsultazione cui si è accennato in ingresso sono pervenuti complessivamente 11 pareri, tra cui sei di associazioni economiche, uno di una grande banca e quattro da ambienti accademici. Tutti i pareri pervenuti sono chiaramente favorevoli alla ratifica della Convenzione dell'Aia sui trust. L'alternativa che propone un semplice adeguamento della LDIP (si veda il n. 1.5) viene chiaramente respinta. Le disposizioni di aggiustamento proposte dall'avamprogetto incontrano in sostanza il favore di chi si è espresso. Voci isolate chiedono, in adesione al progetto Thévenoz, l'espunzione delle parentesi quadre che racchiudono le disposizioni del Codice civile svizzero proposte come semplice opzione nell'avamprogetto (si veda in proposito il n. 2.2) nonché il completamento di dette disposizioni con l'aggiunta di un articolo supplementare. Altri lamentano che l'avamprogetto non preveda una codificazione della fiducia svizzera. Tuttavia, tra questi ultimi alcuni convenono che la codificazione della fiducia potrebbe essere intrapresa anche dopo la ratifica della Convenzione. In tutti i pareri si sottolinea l'importanza di una sollecita ratifica della Convenzione dell'Aia sui trust. Gli altri risultati della preconsultazione saranno esaminati nell'ambito del commento alle singole modifiche legislative.

2 Parte speciale: commento delle modifiche legislative proposte

2.1 Legge federale sul diritto internazionale privato (LDIP, RS 291)

Osservazioni preliminari

Ratificando la Convenzione dell'Aia, la Svizzera farebbe propria una regolamentazione di diritto internazionale privato in materia di trust, rendendo necessario un contemporaneo adeguamento della LDIP, la quale non contiene attualmente disposizioni specifiche sul trust.

I capitoli che costituiscono la parte speciale della LDIP sono di norma suddivisi in tre parti, una sulla competenza delle autorità svizzere nella materia in questione, una sul diritto applicabile da parte delle autorità svizzere competenti nella singola fattispecie e una sul riconoscimento di decisioni straniere. Ritroviamo questa struttura tripartita anche nel capitolo dedicato al trust.

Poiché, in virtù della sua natura giuridica, il trust è un ibrido tra il rapporto fiduciario e la fondazione, il nuovo capitolo è stato inserito tra quello sul diritto delle obbligazioni e quello sulle società. Dato che, in assenza di disposizioni speciali, gran parte dei trust sarebbe assoggettata alle società della LDIP, le disposizioni del previsto nuovo capitolo 9a si ispirano prevalentemente agli articoli 150 segg. LDIP. Si è tenuto inoltre conto delle norme della LDIP sui contratti nonché della Convenzione del 16 settembre 1988 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (Convenzione di Lugano, RS 0.275.11).

Articolo 5 capoverso 4 LDIP

Il nuovo articolo 149a LDIP proposto dall'avamprogetto prevede, per analogia con il vigente articolo 5 capoverso 1 LDIP, la possibilità di pattuire il foro. Il nuovo capoverso 4 dell'articolo 5 LDIP assoggetta la proroga di foro al regime previsto dai vigenti capoversi 2 e 3 dello stesso articolo, i quali si addicono (in particolare l'inefficacia prevista al capoverso 2 in caso di privazione abusiva di un foro) anche ai casi di proroga di foro per atto giuridico unilaterale.

Articolo 21a LDIP

Gli articoli 149a e 149d LDIP, che commenteremo più avanti, fanno riferimento alla "sede" del trust. L'articolo 21a LDIP proposto dall'avamprogetto ne fornisce la necessaria definizione limitandosi a richiamare la nozione di sede di cui all'articolo 21 LDIP, prevista per le società. La sede di un trust è dunque il luogo designato nello statuto del trust oppure, in difetto, il luogo in

Legislazione

cui il trust è amministrato effettivamente. Sotto questo aspetto sussiste un parallelismo con la nozione di “*place of administration of the trust*”, cui fanno capo taluni ordinamenti giuridici statunitensi. Anche questa nozione si basa sul luogo dell’amministrazione effettiva, salvo diversa disposizione nello statuto del trust.

Mediante il rinvio contenuto all’articolo 21a LDIP, si precisa inoltre che la sede del trust equivale al domicilio di una persona fisica. Sarà lo statuto del trust a determinare se in una vertenza convenga agire contro il trust stesso o contro uno o più *trustee*. L’introduzione di una *causa* contro il trust è ipotizzabile ad esempio nei casi in cui un *trustee* impegni i beni del trust in un contratto stipulato con terzi.

La “sede” ai sensi della LDIP è un mero criterio di collegamento che, pur derivando dal concetto di sede del diritto civile svizzero, non coincide però esattamente con esso. In particolare, il fatto che nel contesto della LDIP si attribuisca una sede a un trust non significa necessariamente che il trust in questione vi gestisca fisicamente degli uffici o un domicilio postale.

Articolo 149a LDIP

L’articolo 149a LDIP disciplina la competenza per le azioni inerenti al diritto dei trust. Dato che per la questione del diritto applicabile, regolata successivamente, si rinvia alla Convenzione dell’Aia, anche per quanto concerne la competenza si rimanda al concetto di trust da essa previsto.

Nonostante il rinvio all’articolo 2 della Convenzione dell’Aia, l’articolo 149a LDIP non riguarda soltanto i trust che rientrano nel campo d’applicazione materiale della Convenzione: il nuovo capitolo 9a della LDIP contiene regole valide per tutti i trust ai sensi della Convenzione, anche per quelli che non sono comprovati per iscritto e che quindi non rientrano nel campo d’applicazione della Convenzione. Nel contesto della LDIP non avrebbe senso prevedere due diversi regimi per i trust comprovati per iscritto e per quelli istituiti in base a meri accordi verbali. In special modo, non sarebbe ragionevole continuare a sottoporre i trust non comprovati per iscritto al regime attuale (con tutte le sue incertezze), tanto più che gran parte dei trust istituiti in base ad accordi puramente verbali dovrebbero essere assoggettati alle disposizioni sulle società. Tuttavia, il problema è più che altro di natura accademica, in quanto in Svizzera l’importanza pratica dei trust non comprovati per iscritto dovrebbe essere estremamente modesta.

La regolamentazione proposta all’articolo 149a LDIP si basa sulla libertà di scelta del *settlor*. Da questo profilo si riscontra una differenza con la normativa prevista dalla LDIP per le società, la quale, contrariamente al capitolo sui contratti, non ammette la proroga di foro. Nonostante i parallelismi che intercorrono tra il trust e le società della LDIP, la differenza di trattamento riguardo alla proroga di foro è giustificata. In primo luogo, una soluzione di questo tipo è conforme alla Convenzione di Lugano (art. 17 cpv. 2). Secondariamente, riconoscere il trust significa accettare un istituto caratterizzato da una larghissima autonomia del costituente, il quale può scegliere liberamente anche il diritto applicabile al trust. Assumere un atteggiamento restrittivo riguardo alla possibilità di proroga sarebbe pertanto incoerente.

Il primo capoverso dell’articolo 149a, che sanziona la libertà di scelta del *settlor*, si basa, pur con qualche ritocco, sul progetto Thévenoz.

Il passaggio “la validità, gli effetti, l’amministrazione e la modifica” è stato completato con l’aggiunta “e la cessazione”, la qua-

le, senza essere assolutamente necessaria, si rivela comunque essere una precisazione utile.

Nella versione tedesca l’espressione “*freiwillig*”, un po’ infelice, è stata sostituita con “*rechtsgeschäftlich*”. Benché il termine “*gewillkürt*” sia più calzante, “*rechtsgeschäftlich*” ha il vantaggio di essere comprensibile ai più. Inoltre, la versione tedesca della Convenzione di Lugano parla di costituzione “*durch Rechtsgeschäft*” (art. 5 n. 6). Essendo il campo d’applicazione dell’articolo 149a limitato ai trust istituiti con atto giuridico, il *constructive trust* ne è escluso. A questo proposito si veda il commento all’articolo 149b.

Come detto, il nuovo capitolo 9a della LDIP si applica a tutti i trust ai sensi dell’articolo 2 della Convenzione, e non soltanto a quelli comprovati per iscritto. In questo senso, si è deciso di sostituire “*Trusturkunde*” (“documento istitutivo del trust”) con “*Trustbestimmungen*” (“disposizioni regolatrici del trust”). Inoltre, la preposizione “*in*” è stata sostituita dalla preposizione “*gemäss*” (“*gemäss den Trustbestimmungen*”) onde tener conto anche dei casi in cui le disposizioni regolatrici del trust non prevedono un foro ma autorizzano il *settlor* o un’altra persona a designarne uno in seguito. In fase di preconsultazione si è detto a più riprese che l’articolo 149a capoverso 1 avrebbe dovuto contemplare anche i casi di questo tipo. Nell’avamprogetto, il problema delle possibilità di abuso che potrebbero presentarsi da questo profilo viene risolto inserendo un richiamo all’articolo 5 capoverso 4 LDIP nel capoverso 2 della stessa disposizione.

In seguito alla sostituzione del termine “*Trusturkunde*” con “*Trustbestimmungen*” si è resa necessaria l’aggiunta di una frase. Se è vero che il capoverso 1 comprende fondamentalmente anche i trust istituiti verbalmente, la designazione di un tribunale sarà presa in considerazione soltanto se è stata effettuata per iscritto. Quanto detto vale anche per l’abilitazione a designare un foro in un secondo tempo. Il parallelismo con l’articolo 5 capoverso 1 LDIP, che prescrive la forma scritta per la proroga di foro, dev’essere mantenuto. Non vi è ragione di privilegiare i trust rispetto alle proroghe di foro contenute nei contratti. Il bisogno di certezza del diritto che sta alla base dell’articolo 5 capoverso 1 LDIP è dato infatti anche in questo caso.

In assenza di una valida proroga di foro l’avamprogetto prevede, al capoverso 2, una regola corrispondente a quella dell’articolo 151 capoversi 1 e 2 LDIP. Sono quindi competenti il foro del domicilio del convenuto, rispettivamente della sua dimora abituale, e il foro della sede del trust (cfr. art. 21a LDIP). La soluzione adottata corrisponde ampiamente a quella della Convenzione di Lugano, la quale prevede la facoltà di scegliere tra il domicilio del convenuto e la sede del trust (art. 2 e art. 5 cpv. 6 Conv. Lugano).

Poiché in molti casi la sede del trust dovrebbe corrispondere al luogo della stabile organizzazione, rispettivamente al domicilio o alla dimora abituale del *trustee*, si potrebbe ipotizzare di adottare come foro, invece della sede del trust, la stabile organizzazione, il domicilio o la dimora abituale del *trustee*. In tal caso sorgerebbero nondimeno dei problemi non appena ci si trovi in presenza di più *trustee*. Oltretutto, verrebbe a cadere anche il parallelismo con la Convenzione di Lugano.

Taluni dei pareri inoltrati chiedevano di sostituire “del convenuto” con “del trustee”. Ma il foro del domicilio del convenuto dovrebbe valere per tutte le controversie interne al trust, e quindi anche per le azioni del *trustee* contro un beneficiario (re-

lative ad esempio a un diritto di rivalsa invocato dal trustee per le spese sostenute in favore del trust). Spetta allo statuto del trust precisare chi sia il convenuto in una controversia interna al trust. L'articolo 149a non si applica invece ai rapporti esterni dei trust. Ciò vale in particolare per le azioni derivanti da negozi che il trustee ha concluso con terze persone per conto del trust. Dal campo d'applicazione dell'articolo 149a esulano anche altre controversie che non riguardano il diritto dei trust, in particolare le azioni in rapporto con una questione preliminare come la capacità del settlor di esercitare i diritti civili, la validità di un testamento, la violazione di una legittima, la validità del trapasso della proprietà al trustee, ecc.

Uno dei motivi addotti a sostegno della richiesta di sostituire l'espressione "del convenuto" con "del trustee" è la volontà di impedire che le azioni concernenti l'esistenza o la validità di un trust potessero essere promosse al domicilio di un beneficiary. In casi del genere si potrebbe ipotizzare di escludere il foro del capoverso 2 lettera a, ma così facendo verrebbe meno anche il parallelismo con la Convenzione di Lugano, la quale ammette l'azione al domicilio del convenuto per le controversie che concernono lo statuto di un trust, mentre non l'ammette per le cause che concernono lo statuto di una società o di una persona giuridica, per le quali prevede il foro esclusivo della sede (art. 16 n. 2).

Il terzo capoverso dell'articolo 149a corrisponde a quello dell'articolo 151 LDIP (a parte che in quest'ultimo caso si parla, nella versione tedesca, di "Gerichtsstandsvereinbarung" e nel primo caso di "Gerichtsstandswahl" [in italiano "proroga di foro" in ambedue i casi]). Le emissioni di titoli di partecipazione o di prestiti hanno luogo anche in rapporto con i trust.

Articolo 149b LDIP

L'articolo 149b LDIP definisce il diritto applicabile ai trust basandosi, come l'articolo 149a, sulla nozione di trust di cui all'articolo 2 della Convenzione. Come quello contenuto all'articolo 149a, il rinvio dell'articolo 149b vale per tutti i trust istituiti con atto giuridico, compresi quelli ai quali la Convenzione non è applicabile in virtù dell'articolo 3. In certi casi, quindi, il rinvio ha un effetto costitutivo, benché in linea di principio abbia un effetto puramente declamatorio.

Come detto, la nozione di trust di cui all'articolo 2 è molto ampia e ingloba anche i rapporti giuridici che rientrano nella categoria dei contratti piuttosto che in quella dei trust. Altrettanto ampia è la nozione che ritroviamo all'articolo 149b LDIP. Se si volesse scongiurare un tale risultato, si dovrebbe prevedere un rinvio autonomo, limitato ai soli trust propriamente detti. Tale soluzione sarebbe nondimeno fonte di problemi poiché tutti gli altri rinvii della LDIP si basano di norma su una preesistente nozione del diritto civile svizzero, mentre per il trust tale nozione non esiste. Inoltre, inserendo una nozione autonoma di trust all'articolo 149b si creerebbe di nuovo un duplice regime, secondo il quale la Convenzione sarebbe applicabile (direttamente o in forza del rinvio di cui all'art. 149b cpv. 1 LDIP) a tutti i trust *stricto sensu* e ai trust *lato sensu* comprovati per iscritto, mentre per i trust meramente orali in senso lato varrebbero le restanti regole della LDIP.

L'articolo 3 della Convenzione limita il campo d'applicazione ai soli trust istituiti volontariamente. Non è tuttavia necessario esaminare se occorra desumerne che la nozione di trust di cui all'articolo 2 comprenda anche i trust non istituiti volontariamente, in quanto l'articolo 149b capoverso 1 contiene a sua vol-

ta una limitazione esplicita ai trust istituiti con atto giuridico. Pertanto, l'articolo 149b non riguarda il *constructive trust*. Come abbiamo già detto più volte, il *constructive trust* non rappresenta un organismo creato per atto volontario come una società o un rapporto contrattuale, bensì è il prodotto dell'applicazione analogica di norme sui trust a un rapporto giuridico preesistente. Per questo motivo non pare ragionevole assoggettarlo al capitolo 9a della LDIP: è preferibile che continui a essere retto, come sinora, dallo statuto che regola il rapporto giuridico soggiacente.

In fase di preconsultazione taluni interpellati hanno chiesto che l'inapplicabilità del capitolo 9a al *constructive trust* fosse espressamente prevista dal testo di legge. Considerate le riflessioni esposte al paragrafo precedente, una precisazione in tal senso è tuttavia superflua.

Al capoverso 2 dell'articolo 149b si dichiara implicitamente che la Svizzera rinuncia a invocare la clausola d'eccezione di cui all'articolo 13 della Convenzione. Il capoverso, che figurava già in forma analoga nel progetto Thévenoz, parte dal presupposto che l'articolo 13 della Convenzione relativizzi considerevolmente la certezza del diritto che si vorrebbe instaurare con la ratifica. L'articolo 13 contraddice inoltre lo spirito della LDIP, la quale consacra l'autonomia delle parti tanto per i contratti (art. 116 cpv. 1), quanto per le società (art. 154 cpv. 1). Come giustamente afferma Thévenoz nel suo rapporto (pag. 137), l'articolo 13 della Convenzione corrisponde alla nostra riserva della sede fittizia, la quale, secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, è venuta a cadere con l'entrata in vigore dell'articolo 154 capoverso 1 LDIP.

Anche una perizia giuridica redatta per conto dell'Ufficio federale di giustizia dal professor Frank Vischer di Basilea raccomanda l'adozione di una disposizione equivalente a quella prevista dall'articolo 149b capoverso 2 LDIP. A mente dell'autore, il mancato riconoscimento di singoli trust in forza dell'articolo 13 equivarrebbe a una involuzione rispetto al diritto vigente. L'applicazione dell'articolo 13 potrebbe per giunta produrre risultati indesiderati: ad esempio, un cittadino britannico domiciliato in Svizzera non potrebbe istituire un trust inglese in territorio svizzero.

Quale alternativa, si discute l'adozione di un capoverso 3 che limiti in qualche modo la portata del capoverso 2 e tenga conto delle perplessità manifestatesi quanto alla possibilità di ammettere la scelta del diritto anche per quei trust che non presentano alcun legame con l'estero; in realtà, secondo l'opinione dominante, l'autonomia delle parti riconosciuta dal diritto internazionale privato in materia di contratti presuppone l'esistenza effettiva di un collegamento con l'estero.

La restrizione di cui al capoverso 3 (derivante dal capoverso 2) consiste nell'escludere, per i trust puramente "interni", la scelta del diritto prevista dall'articolo 6 della Convenzione. Di conseguenza, il giudice svizzero fonderà la propria decisione sul diritto straniero designato se in un primo momento si è persuaso che la fattispecie presenta il necessario carattere di estraneità. Un mero trust interno resta quindi definitivamente assoggettato al diritto svizzero: in altri termini, la sua validità e il suo contenuto andranno determinati in base al diritto contrattuale e societario svizzero. In tal modo si evita che, in una situazione puramente interna, si possano eludere disposizioni cogenti del diritto svizzero semplicemente ricorrendo alla scelta di un diritto estero.

Legislazione

Il necessario carattere di estraneità può essere ammesso in particolare se uno dei luoghi seguenti è ubicato all'estero:

1. il domicilio, la dimora abituale o il Paese d'origine del costituente o di uno dei beneficiari;
2. il domicilio, la dimora abituale o, in caso di attività commerciale, la stabile organizzazione di uno dei trustee;
3. il luogo in cui dev'essere realizzato uno degli scopi del trust;
4. il luogo di situazione dei beni del trust;
5. il luogo di amministrazione del trust.

Che i luoghi menzionati ai numeri 2, 3 e 4 debbano essere ritenuti un elemento di estraneità rilevante si desume già dal semplice fatto che, ad eccezione del domicilio menzionato al numero 2, la Convenzione li designa espressamente come criteri di collegamento essenziali per la determinazione del diritto applicabile (art. 7 cpv. 2 Conv.).

Il momento in cui deve sussistere l'auspicato collegamento con l'estero va determinato in base all'articolo 13 della Convenzione, il quale costituisce la base legale del terzo capoverso dell'articolo 149b LDIP. Per quanto riguarda l'articolo 13 Conv., non è chiaro se il momento determinante debba essere quello dell'istituzione del trust o il "momento del riconoscimento". La questione dovrà essere acclarata dai tribunali. Bisognerà inoltre valutare su quale momento occorra basarsi per determinare la legge applicabile ai sensi dell'articolo 7. Dal profilo della certezza del diritto, converrebbe basarsi sul momento dell'istituzione del trust, tanto all'articolo 13 quanto all'articolo 7. Nel contesto dell'articolo 13 sembra avere senso anche un eventuale riferimento al momento della scelta del diritto, riferimento che diverrebbe effettivo qualora la scelta del diritto avvenisse dopo l'istituzione del trust.

In fase di preconsultazione è stato rilevato che nel primo emistichio dell'articolo 149b capoverso 2 LDIP si parla di diritto applicabile, e non di riconoscimento come all'articolo 13 della Convenzione. Al riguardo si può obiettare che detto emistichio ingloba anche la questione del riconoscimento ai sensi dell'articolo 11 della Convenzione. In definitiva, anche l'articolo 11 concerne infatti la questione del diritto applicabile, dato che designa una serie di problematiche da sottoporre imperativamente al diritto applicabile. Disponendo che il diritto designato dal capitolo 2 della Convenzione è applicabile senza eccezione (fatto salvo l'articolo 3), l'articolo 149b capoverso 2 LDIP fa dunque sì che l'articolo 11 della Convenzione prevalga in tutti i casi.

Articolo 149c LDIP

Il primo e il secondo capoverso di questa disposizione prevedono la pubblicazione dei rapporti di trust esistenti allo scopo di tutelare i terzi in buona fede. Poiché non si tratta di vere e proprie norme di diritto internazionale privato, potrebbero essere integrate nel diritto applicabile alla materia in questione. È tuttavia giudizioso collocarle a ridosso dell'articolo 149b LDIP, dato che il terzo capoverso della disposizione implica una limitazione dello statuto del trust. Non è inoltre possibile trovare una collocazione adeguata del capoverso 1 nel Codice civile, le cui disposizioni sul registro fondiario non comprendono una vera e propria regolamentazione delle menzioni. In genere, le basi legali delle menzioni sono contemplate dalle disposizioni che disciplinano i rapporti giuridici da menzionare, com'è il caso in particolare anche della menzione del fondo d'investimento, citato a più riprese nel presente rapporto come termine di paragone (art. 16 LFI).

L'articolo 149c corrisponde all'articolo 149d del progetto Thévenoz, il quale parla genericamente di iscrizione nei registri pubblici. In concreto, la disposizione si riferisce soltanto al registro fondiario, al registro del naviglio e al registro aeronautico (cpv. 2). La norma del progetto Thévenoz prevede un diritto all'iscrizione, mentre l'articolo 149c del presente progetto enuncia un obbligo la cui violazione comporta la sanzione prevista al capoverso 3 della disposizione.

Il capoverso 3 prevede l'inefficacia dei rapporti di trust non pubblicati nei confronti dei terzi in buona fede. La norma tutela tanto i creditori in buona fede del trustee quanto gli acquirenti in buona fede in caso di alienazione di beni fiduciari. Ai creditori del trustee consente di rivalersi nell'escussione di quest'ultimo anche sui beni del trust che non sono stati oggetto di un'iscrizione. Per l'acquirente in buona fede di beni non iscritti, invece, comporta che non è tenuto a restituzione nemmeno nel caso in cui l'alienazione sia avvenuta indebitamente. La normativa angloamericana sui trust prevede un diritto di rivendicazione nei confronti dell'acquirente in buona fede soltanto se l'acquisizione è avvenuta a titolo gratuito.

L'articolo 149c contiene prescrizioni di diritto sostanziale che si applicano anche quando il trust o il diritto di rivendicazione nei confronti dell'acquirente non soggiace al diritto sostanziale svizzero. Questa norma configura una *legge d'applicazione necessaria* ai sensi dell'articolo 16 della Convenzione.

L'avamprogetto inviato in preconsultazione conteneva tre altri articoli sulla pubblicità. Due di essi, gli articoli 19d (registro dei trust in caso di beni mobili) e 149e (menzione dei trust in caso di titoli all'ordine), sono stati soppressi (in proposito si veda il n. 1.4.4.1). L'articolo 149f è stato integrato nell'articolo 149c (cpv. 2) e l'articolo 149g del progetto Thévenoz è divenuto l'articolo 149d.

Articolo 149d LDIP

Le competenze indirette di cui alle lettere b, c e d corrispondono a quelle previste all'articolo 165 LDIP. La lettera a è necessaria in quanto l'articolo 26 lettera b LDIP (perlomeno in base al suo testo) non contempla l'ipotesi della scelta unilaterale del diritto. L'articolo 26 lettera b LDIP potrebbe tutt'al più applicarsi qualora le parti in causa concludano a posteriori una proroga di foro. Il testo originario della lettera a, criticato in sede di preconsultazione, è stato modificato nel presente avamprogetto.

2.2 Rinuncia all'inserimento di disposizioni nel Codice civile svizzero (CC, RS 210)

Quale variante, il progetto inviato in preconsultazione prevedeva l'inserimento nel Codice civile svizzero di due disposizioni relative al trattamento del trust nell'azione di riduzione ereditaria. Ambedue le disposizioni sono state soppresse in quanto superflue. In sede di preconsultazione, la questione ha tuttavia destato reazioni controverse.

2.3 Rinuncia all'inserimento di disposizioni nel Codice delle obbligazioni (CO, RS 220)

Il progetto Thévenoz prevedeva la codificazione del diritto fiduciario svizzero nel Codice delle obbligazioni. Anche nel presente avamprogetto, come in quello precedente, si è rinunciato a introdurre disposizioni in proposito, in quanto da un lato l'auspicabilità di una codificazione del diritto fiduciario è controversa e dall'altro un simile passo, benché possa essere considerato un valido complemento alla ratifica della Convenzione, non sembra

però essere indispensabile alla sua attuazione (in merito al risultato della preconsultazione si veda il n. 1.6).

2.4 Legge federale sulla esecuzione e sul fallimento (LEF, RS 281.1)

Articolo 284a LEF

Nella procedura esecutiva connessa con un trust occorre distinguere tra due categorie di debiti: quelli assunti dal *trustee* in “rappresentanza indiretta” del trust stesso e per i quali il *trustee* risponde dunque sul suo patrimonio personale, e quelli di cui risponde il patrimonio conferito in trust, vuoi perché il *trustee* l'ha impegnato direttamente, vuoi perché il debito è per sua natura legato al patrimonio in trust (cfr. in proposito il n. 1.2.5.2). Per i debiti della prima categoria, di cui il *trustee* risponde personalmente, bisogna procedere secondo le regole previste dalla LEF. In altri termini, l'esecuzione forzata è rivolta contro il *trustee* e si svolge sostanzialmente come se il *trustee* fosse escusso per debiti privati, con l'unica ma importante differenza che il patrimonio conferito in trust può essere segregato o, per meglio dire, distratto (si veda il commento all'art. 284b LEF). Invece, per l'esecuzione dei debiti appartenenti alla seconda categoria, vale a dire i “debiti del trust” occorre prevedere una regolamentazione speciale.

L'avamprogetto inviato in preconsultazione si ispirava all'esempio dell'eredità indivisa (la quale come il trust rappresenta un'indivisione a sé stante e secondo la vigente LEF [art. 49] può essere escussa autonomamente) e prevedeva che il trust potesse essere escusso in modo indipendente. Tuttavia, taluni dei pareri pervenuti hanno sostenuto che al trust non può essere concessa qualità di parte e che l'esecuzione contro il patrimonio conferito in trust deve anch'essa rivolgersi formalmente contro il *trustee*. In caso contrario si avrebbe un conflitto con il diritto angloamericano dei trust, secondo cui occorre sempre procedere contro il *trustee*. Tale conflitto potrebbe essere d'ostacolo al riconoscimento di decisioni svizzere all'estero. Pertanto, nel presente avamprogetto si propone una soluzione diversa: il patrimonio in trust può e deve pur sempre essere escusso in modo indipendente, ma l'esecuzione deve rivolgersi formalmente contro il *trustee* o uno dei *trustee*, in qualità di rappresentante del trust. In tal modo, la esecuzione è certo rivolta contro il *trustee*, ma non in quanto effettivo debitore bensì semplicemente come rappresentante del trust. Il creditore deve sottolineare espressamente questa circostanza nella domanda d'esecuzione, indicando a proposito della causa del credito che si tratta del debito di un trust (art. 67 cpv. 1 n. 4 LEF).

Se un trust è amministrato da più *trustee*, i beni conferiti formano in mano loro un'indivisione. Di conseguenza, per poter accedere al patrimonio in trust l'esecuzione dovrebbe essere diretta in linea di massima contro tutti i *trustee*. Ma l'articolo 284a LEF prevede che il creditore istante possa scegliere uno dei *trustee* come debitore escusso. Questi sarà considerato d'ufficio come rappresentante dell'indivisione. In sintesi, la situazione corrisponde a quella che viene a crearsi in caso di esecuzione diretta contro una massa ereditaria.

Lo statuto del trust determina i debiti di cui risponde il trust e quelli di cui risponde il patrimonio del o dei *trustee*. Se di un debito rispondono entrambi i patrimoni, questi devono essere escussi separatamente.

In virtù del secondo capoverso dell'articolo 284a LEF, le esecuzioni basate su questa disposizione si proseguono in via di fal-

limento. Siccome l'esecuzione è diretta contro il *trustee* nella sua veste di rappresentante del trust, il fallimento coinvolgerà soltanto il patrimonio conferito in trust, come espressamente sottolineato al capoverso 2. Il patrimonio personale del *trustee* escusso non è quindi coinvolto nel fallimento e può essere scorporato secondo le regole abituali. Il fallimento non riguarda nemmeno i debiti personali del *trustee*.

L'esecuzione in via di fallimento, già prevista anche nell'avamprogetto dell'Ufficio federale di giustizia, ha destato reazioni controverse. Due interpellati hanno affermato che il tipo di esecuzione dovrebbe corrispondere allo statuto della LEF applicabile al *trustee* escusso. Va tuttavia rilevato che il *trustee* non è escusso personalmente, bensì come rappresentante del trust. Pertanto, la questione del tipo di esecuzione determinante non può dipendere dallo statuto del *trustee* in base alla LEF. In un altro parere si sono espresse delle perplessità circa il fatto che in Svizzera le società e le fondazioni possono essere escusse in via di fallimento soltanto se soggiacciono al diritto svizzero, criterio che nessun trust potrà mai soddisfare. Inoltre, negli Stati che prevedono il trust il patrimonio conferito in trust è sottoposto soltanto alla esecuzione individuale. Una liquidazione totale vanificherebbe i diritti dei futuri beneficiari. Su queste critiche ha però prevalso la considerazione secondo cui, nelle procedure esecutive dirette contro entità giuridiche che vantano un numero elevato di creditori, occorre evitare che nell'esecuzione forzata uno dei creditori abbia la meglio sugli altri e risulti ingiustamente privilegiato. Occorre garantire la soddisfazione simultanea ed equa, e quindi la parità di trattamento, di tutti i creditori.

L'eventuale scioglimento del trust in seguito al fallimento del patrimonio conferito dipenderà dallo statuto del trust, e non dalla LEF.

Articolo 284b LEF

Se un *trustee* è escusso personalmente, e non come rappresentante del trust, il patrimonio conferito in trust è scorporato d'ufficio dalla massa fallimentare. Naturalmente, questo non significa che l'amministrazione del fallimento debba ricercare d'ufficio l'esistenza di un rapporto di trust sui singoli elementi patrimoniali del fallito. Come gli altri diritti esistenti su elementi patrimoniali in possesso del fallito, anche i rapporti di trust devono essere insinuati nel fallimento (art. 232 cpv. 2 punto 2 LEF). Se ritiene insufficientemente comprovato un preteso rapporto di trust, l'amministrazione del fallimento deve, in applicazione dell'articolo 242 capoverso 2 LEF, impartire un termine per promuovere l'azione. Lo statuto del trust dirà chi è legittimato a promuovere una siffatta istanza di segregazione, ma in genere questa facoltà è riconosciuta ai *trustee* e ai beneficiari.

L'articolo 284b sostituisce l'articolo 242a del primo avamprogetto, il quale, oltre al testo dell'attuale articolo 284b, conteneva la seguente proposizione secondaria: “nella misura in cui le prescrizioni sulla pubblicità di cui agli articoli 149c - f LDIP siano state osservate”. Questo emistichio è stato soppresso. L'articolo 149c capoverso 3 (come detto, gli art. 149d - f del precedente progetto non figurano più nell'attuale avamprogetto) prevede unicamente la protezione dei creditori in buona fede. Un'ulteriore limitazione della segregabilità dei beni del trust appare problematica in considerazione dell'articolo 11 capoverso 3 lettera b della Convenzione. Per i creditori in buona fede, la soppressione del suddetto emistichio non comporta inconvenienti di rilievo. Se un rapporto di trust non è menzionato nel registro

Legislazione

fondario o nel registro della proprietà intellettuale, l'elemento patrimoniale in questione può essere segregato d'ufficio dalla massa del fallimento soltanto se il rapporto di trust risulta evidente sulla base di altri elementi. Spetta del resto alle persone autorizzate ad agire per conto del trust in base allo statuto del trust stesso promuovere un'azione di segregazione e dimostrare che i creditori erano al corrente, o avrebbero dovuto esserlo, dell'esistenza di un rapporto di trust.

Il primo avamprogetto contemplava un articolo 242a che prevedeva espressamente la possibilità di un'azione di segregazione per i trust (capoverso 2). Nella convinzione che le norme vigenti (art. 242 cpv. 2 LEF) siano sufficienti, abbiamo rinunciato a una simile disposizione. Nel primo progetto si era già deciso di rinunciare all'inserimento di norme sulla segregazione dei beni conferiti in trust nell'ambito dell'esecuzione in via di pignoramento diretta contro il *trustee*. Anche in tal caso si applicano le norme vigenti. Chi afferma che un oggetto pignorato fa parte di un trust procederà in base all'articolo 107 o all'articolo 108 LEF, a dipendenza del fatto che l'oggetto in questione si trovi esclusivamente in possesso del debitore oppure in possesso o copossesso del trust (in quanto terzo). Per stabilire, nei rapporti tra trust e *trustee*, chi detenga il possesso dell'oggetto in questione si devono applicare le stesse regole che valgono tra una persona giuridica e i propri organi.

2.5 Rinuncia all'inserimento di disposizioni sulla vigilanza

A prescindere dall'adozione della normativa proposta dal presente progetto, il legislatore elvetico resta libero di emanare disposizioni in materia di vigilanza in rapporto con i trust. Può ad esempio assoggettare i trust a una vigilanza analoga a quella prevista per le fondazioni, oppure può subordinare al rilascio di un permesso ufficiale l'esercizio a titolo professionale dell'attività di *trustee*.

I pareri pervenuti nell'ambito della preconsultazione si oppongono tuttavia all'istituzione di disposizioni speciali in materia di vigilanza sui trust. Nondimeno, parte degli interpellati sostiene che, con la ratifica della Convenzione, in Svizzera si dovrebbe introdurre un obbligo di autorizzazione per i *trustee*. Il presente avamprogetto non contiene una siffatta disposizione. Il Consiglio federale ha però incaricato una commissione peritale, presieduta dal professor Ulrich Zimmerli, di elaborare un progetto di "legge federale sulla sorveglianza dei mercati finanziari (FINMAG)". Allo stato attuale, il relativo avamprogetto prevede di condensare in un'unica legge le norme sulla vigilanza statale oggi contemplate dalla legge sulle obbligazioni fondiarie, dalla legge sul contratto d'assicurazione, dalla legge sui fondi d'investimento, dalla legge sulle banche, dalla legge sulle borse e da quelle sulla sorveglianza delle assicurazioni. Anche i compiti di vigilanza sarebbero attribuiti a una sola e unica autorità, la "FINMA". Sono attualmente in vaglio, in particolare, l'opportunità di integrare in tale legge eventuali altre autorità attive nel campo della vigilanza sui mercati finanziari (ad es. l'autorità di controllo per la lotta contro il riciclaggio di denaro) nonché l'eventuale assoggettamento dei gestori di patrimoni indipendenti e di altri intermediari finanziari alla vigilanza globale della nuova autorità. La categoria dei gestori di patrimoni e altri intermediari finanziari comprende anche i *trustee* che esercitano la funzione a titolo professionale. Pertanto, la commissione Zimmerli dovrebbe chinarsi sulle questioni dell'assoggettamento di tale ca-

tegoria di persone a una vigilanza statale e dell'obbligo di autorizzazione, tanto più che non parrebbe opportuno sottoporre i *trustee* a un regime diverso da quello cui soggiacciono gli altri gestori di patrimoni, tra cui ad esempio i fiduciari.

2.6 Rinuncia all'inserimento di norme di diritto fiscale

Le autorità fiscali hanno già a che fare con i trust. La prassi non è tuttavia uniforme e per questa ragione in sede di preconsultazione le banche hanno raccomandato all'Amministrazione federale delle contribuzioni di costituire un gruppo di lavoro, precisando tuttavia che i lavori di tale gruppo non dovranno ritardare la ratifica della Convenzione.

Attualmente il desiderio di veder costituito un gruppo di lavoro sta per essere esaudito. In ogni caso, il compito dovrebbe essere assunto dalla Conferenza fiscale svizzera (Schweizerische Steuerkonferenz, SSK). Il programma prevede che un gruppo di lavoro si incaricherà di elencare i problemi fiscali connessi con l'istituto del trust e di proporre delle soluzioni che in un secondo tempo saranno messe a fuoco in una circolare della SSK o dell'Amministrazione federale delle finanze.

2.7 Dichiarazioni e riserve relative alla Convenzione

2.7.1 Articolo 16 capoverso 3

La Svizzera non ha motivo di ricorrere alla riserva di cui all'articolo 16 capoverso 3 della Convenzione. Ha invece interesse ad applicare il capoverso 2 dell'articolo 16, cui accenna il capoverso 3 della stessa disposizione; in effetti, in virtù del capoverso 2 le autorità svizzere potrebbero applicare l'articolo 19 LDIP anche nell'ambito della Convenzione.

I soli Stati firmatari che abbiano formulato una riserva ai sensi dell'articolo 16 capoverso 3 sono il Regno Unito, la Cina (per Hong Kong), il Canada (per lo Stato di Alberta) e il Lussemburgo.

2.7.2 Articolo 20 capoverso 1

Conviene rinunciare anche a una dichiarazione ai sensi dell'articolo 20 capoverso 1 della Convenzione, poiché non è noto che cosa si intenda in realtà per "trust costituiti in base a una decisione giudiziaria", tanto più che il testo inglese ("declared by judicial decisions") e quello francese ("créés par une décision de justice") non coincidono. Un'eventuale dichiarazione non farebbe dunque che creare un'inutile confusione.

L'*implied* e il *resulting trust* (cfr. n. 1.2.1) rientrano nel campo d'applicazione della Convenzione anche in assenza di un'apposita dichiarazione, in quanto si tratta di entità costituite per atto giuridico. A giusta ragione, la Convenzione non riguarda invece il *constructive trust* che, come detto, non rappresenta un vero e proprio trust e dev'essere assoggettato allo statuto del rapporto giuridico sottostante. Una dichiarazione di estensione potrebbe essere eventualmente vantaggiosa per i trust istituiti da un tribunale con giudizio costitutivo, purché si tratti di veri e propri trust con struttura simile a quella di una fondazione, e non invece, come nel caso del *constructive trust*, dell'applicazione analogica degli effetti previsti dal diritto dei trust ad altri rapporti giuridici. La rilevanza pratica di questi casi è comunque dubbia.

Hanno fatto uso della possibilità di estensione soltanto gli Stati seguenti: il Regno Unito, il Canada, la Cina (per Hong Kong) e, unico Stato con ordinamento civilistico, il Lussemburgo.

2.7.3 Articolo 21

È opportuno rinunciare anche a una riserva basata sull'articolo 21. In primo luogo, la norma non ha molto senso, dato che

si riferisce soltanto al capitolo III della Convenzione e non al capitolo II, al quale il capitolo III è inscindibilmente legato. Secondariamente, essa tende a relativizzare l'effetto *erga omnes* della Convenzione, il che non è auspicabile dal punto di vista della Svizzera. Con la ratifica della Convenzione ci si prefigge di disciplinare per quanto possibile in modo chiaro e unitario la questione del diritto applicabile ai trust. Non sarebbe pertanto logico frantumare il campo d'applicazione territoriale della Convenzione.

Sinora nessuno degli Stati membri si è avvalso della facoltà di formulare questa riserva.

2.7.4 Articolo 22

Una riserva ai sensi dell'articolo 22 limiterebbe anch'essa inutilmente il campo d'applicazione della Convenzione, nocendo inutilmente all'unificazione e alla certezza del diritto.

Neanche questa possibilità è stata sin qui sfruttata da alcuno Stato membro.

3 Diritto comparato

La Convenzione dell'Aia sui trust è già stata ratificata da quattro Stati a ordinamento civilistico: l'Italia, l'Olanda, Malta e, di recente, anche il Lussemburgo.

L'Olanda ha adottato una legge d'applicazione (*Wet conflictenrecht trusts* [WCT]) contenente due disposizioni di raccordo con il diritto civile nazionale.

L'articolo 3 WCT ricalca l'articolo 12 della Convenzione, ma tralascia l'emistichio "a meno che [...] ovvero incompatibile con essa", il che coincide all'atto pratico con l'articolo 149d capoverso 1 del progetto Thévenoz. Il presente avamprogetto, come detto, si spinge oltre e prevede l'iscrizione obbligatoria nei registri pubblici esistenti.

L'articolo 4 WCT dispone che le norme nazionali relative al trapasso di proprietà, alle garanzie o alla protezione dei creditori non ostano, in caso di insolvenza, agli effetti previsti all'articolo 11 della Convenzione. La disposizione tiene conto in particolare dell'articolo 3:84 capoverso 3 del Codice civile olandese, secondo cui il trasferimento di una cosa avviene senza valida causa se il trapasso è inteso come mera garanzia e non è finalizzato al trasferimento nel patrimonio del destinatario. Non è tuttavia necessario sapere se questa norma sia davvero d'ostacolo al riconoscimento di un trust straniero ai sensi dell'articolo 11 della Convenzione, dal momento che in ogni caso l'ordinamento giuridico elvetico non prevede una disposizione analoga.

Benché l'Italia abbia rinunciato a una legge d'attuazione, la prassi italiana impone ai *trustee* di registrare la loro posizione nel registro fondiario e nel registro degli azionisti. Quanto alla Svizzera, un obbligo d'iscrizione nel registro degli azionisti non appare giustificato, in quanto detto registro non è dotato di alcun effetto di pubblicità. L'obbligo di iscrizione potrebbe tutt'al più rivelarsi utile dal profilo della trasparenza (lotta contro il riciclaggio di denaro, ecc.).

Il Lussemburgo ha emanato una legge composta di 15 articoli, due dei quali riguardano la ratifica della Convenzione nonché le relative dichiarazioni e riserve. Quattro articoli disciplinano i rapporti tra la Convenzione e il diritto civile.

Il primo capoverso dell'articolo 2 dispone che il *trustee* dev'essere trattato come proprietario del patrimonio conferito in trust. Il capoverso 2 della stessa norma precisa quindi che la regola di cui al capoverso 1 non pregiudica il principio della separazione legale tra il patrimonio conferito in trust e il patrimo-

nio personale del *trustee*, principio sancito dall'articolo 11 della Convenzione. Dal punto di vista della Svizzera, conviene rinunciare a una disposizione analoga all'articolo 2 della legge lussemburghese. I diritti sul patrimonio conferito in trust sono determinati dal diritto applicabile in virtù della LDIP ai singoli elementi patrimoniali. Se si applica il diritto svizzero (com'è il caso ad es. per le cose situate in Svizzera), secondo il diritto vigente il *trustee* è già considerato come avente diritto a pieno titolo.

L'articolo 10 della legge lussemburghese prevede che, nell'ambito di transazioni relative a diritti reali su beni immobili, i rapporti fiduciari o di trust eventualmente esistenti debbano essere menzionati nel registro fondiario. Secondo l'articolo 11, i fiduciari e i *trustee* devono provvedere affinché il rapporto fiduciario o di trust sia menzionato anche negli altri registri pubblici. Nel presente avamprogetto, questi aspetti sono regolati dall'articolo 149c. La regolamentazione prevista è più esauriente di quella lussemburghese in quanto definisce anche le conseguenze di un'eventuale inadempienza.

L'articolo 12 disciplina la questione delle prescrizioni di forma applicabili ai rapporti fiduciari e ai trust che interessano immobili, navi o aeromobili. Dal punto di vista svizzero, non è necessario adottare alcuna norma al riguardo. In virtù dell'articolo 8 della Convenzione, la questione della validità formale di un trust è regolata dal relativo statuto. Il trasferimento di diritti reali, invece, continua a essere retto dal diritto applicabile ai beni in questione (art. 4 Conv.), il quale determinerà anche se il negozio obbligatorio soggiacente debba rispettare delle condizioni di forma.

Gli articoli 4 - 9 modificano parzialmente il diritto fiduciario lussemburghese. Come abbiamo già avuto modo di esporre (n. 2.3), il presente avamprogetto rinuncia invece a questo tipo di disposizioni.

Gli articoli 13, 14 e 15 della legge lussemburghese contengono soltanto disposizioni finali.

Il progetto del Principato del Liechtenstein non prevede per ora una legge d'applicazione, ma la questione è tuttora in sospeso. Sotto questo aspetto, il Liechtenstein si trova in una situazione particolare, dato che il diritto privato interno prevede un istituto giuridico (la "Treuhänderschaft") simile al trust.

4 Ripercussioni del progetto

4.1 Ripercussioni di ordine finanziario e sul personale

La ratifica della Convenzione dell'Aia sui trust e la legislazione d'accompagnamento prevista dall'avamprogetto non comportano conseguenze di ordine finanziario per la collettività.

4.2 Ripercussioni sull'informatica

Non si prevedono ripercussioni sull'informatica.

4.3 Ripercussioni sull'economia

L'incremento della certezza del diritto derivante dalla ratifica della Convenzione rafforzerà la piazza finanziaria svizzera, creando presupposti migliori per l'istituzione e l'amministrazione dei trust nel nostro Paese. Il trust è uno strumento molto apprezzato da buona parte della clientela straniera. Migliorando la certezza del diritto si evita che attività esistenti vengano trasferite all'estero, verso nuovi centri che stanno specializzandosi nell'amministrazione di trust (come ad es. Singapore). Parallelamente, con la ratifica si potrà offrire una valida alternativa agli investimenti nelle aree *offshore*, sottoposte a pressioni internazionali sempre più energiche.

Legislazione

5 Rapporti con il diritto europeo

Il diritto europeo non prevede che poche disposizioni sul trust. La Convenzione di Roma riguardante il diritto applicabile ai debiti contrattuali e il "progetto preliminare di proposta di regolamento del Consiglio sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali" escludono espressamente il trust dal proprio campo d'applicazione. La Convenzione di Bruxelles concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale nonché il relativo Regolamento (CE) no 44/2001 del Consiglio concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale contengono singole disposizioni sulla questione della competenza giurisdizionale nelle cause connesse con un trust. Analoghe disposizioni sono contemplate anche dall'"accordo parallelo" alla Convenzione di Bruxelles conclusa il 16 settembre 1988 tra gli Stati della Comunità europea e dell'AELS, vale a dire la Convenzione di Lugano concernente la

competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (RS 0.275.11), la quale è in vigore anche per la Svizzera. La Convenzione di Lugano non è toccata dalla ratifica della Convenzione dell'Aia sui trust né dagli adeguamenti della legislazione nazionale previsti dall'avamprogetto. L'articolo 149a LDIP deve infatti cederle il passo (art. 1 cpv. 2 LDIP). Tuttavia, nell'elaborare l'articolo 149a LDIP si è comunque tenuto conto del fatto che le disposizioni proposte si sovrappongono a quelle della Convenzione di Lugano.

6 Basi legali

Il presente decreto del Consiglio federale si basa sull'articolo 54 capoverso 1 della Costituzione federale (Cost., RS 101), secondo cui gli affari esteri competono alla Confederazione. Secondo l'articolo 166 capoverso 2 Cost., il decreto è di competenza dell'Assemblea federale. In virtù dell'articolo 141 capoverso 1 lettera d numero 3 Cost., esso sottostà inoltre al referendum facoltativo.

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

Le attività fiduciarie Trusts

Trimestrale di approfondimento
scientifico e professionale

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

INDIRIZZO INTERNET
HTTP://www.ipsoa.it

DIRETTORE RESPONSABILE
Donatella Treu

Direttore scientifico
Maurizio Lupoi

Comitato scientifico
Sergio M. Carbone, Giorgio De Nova, Augusto Fantozzi,
Andrea Fedele, Franco Gallo, Antonio Garbaro, David
Hayton, Nicolò Lipari, Antonio Palazzo, Victor Uckmar

Coordinamento redazionale
Elisa Barla De Guglielmi, Roberta Grondona, Università
degli Studi di Genova

REDAZIONE
Carmen De Luca, Antonella Sciarra

REALIZZAZIONE GRAFICA
Ipsoa

FOTOCOPOSIZIONE
ABCCompos S.r.l.
20089 Rozzano (MI) - Via Pavese, 1/3 - Tel. 02/57789422

STAMPA
Arti Grafiche Stefania Pinelli srl
Via Farneti, 8 - 20129 Milano

REDAZIONE

Per informazione in merito
a contributi, articoli ed argomenti trattati

scrivere o telefonare a:

Le attività fiduciarie
Trusts

IPSOA Redazione

Casella Postale 12055 - 20120 Milano
telefono (02) 82476.009 - telefax (02) 82476.883

Publicità:

db COMMUNICATION s.r.l.

db communication s.r.l.
via Leopoldo Gasparotto 168
21100 Varese
tel. 0332/282160
fax 0332/282483
e-mail: info@dbcomm.it
www.dbcomm.it

Autorizzazione Tribunale di Milano n. 626
del 28 settembre 1999
Tariffa R.O.C.: Poste Italiane Spa - Spedizione
in abbonamento Postale - D.L. 353/2003 (conv. in
L. 27/02/2004 n. 46) art. 1, comma 1, DCB Milano
Iscritta nel Registro Nazionale della Stampa
con il n. 3353 vol. 34 foglio 417 in data 31 luglio 1991

ABBONAMENTI

Gli abbonamenti hanno durata annuale, solare:
gennaio-dicembre; rolling: 12 mesi dalla data di
sottoscrizione, e si intendono rinnovati, in assenza di
disdetta da comunicarsi entro 30 gg. prima della data di
scadenza a mezzo raccomandata A.R. da inviare a
Wolters Kluwer Italia S.r.l. Strada 1 Pal. F6 Milanofiori
20090 Assago (MI).

Servizio Clienti: tel. 02 824761 - e-mail:
servizio.clienti@ipsoa.it - www.ipsoa.it/servizioclienti

ITALIA

Abbonamento annuale: € 192,00

ESTERO

Abbonamento annuale: € 384,00

CORRISPONDENZA REDAZIONALE

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

AMMINISTRAZIONE

Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri
arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.

scrivere o telefonare a:

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

MODALITÀ DI PAGAMENTO

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

oppure

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

Prezzo copia: € 50,00

Arretrati: prezzo dell'anno in corso all'atto della richiesta

DISTRIBUZIONE

Vendita esclusiva per abbonamento

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è
comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per
gli effetti del combinato disposto dall'art. 74 del D.P.R.
26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive
modificazioni e integrazioni

Egregio abbonato,

Ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30.6.2003 n. 196, La informiamo che i Suoi dati sono conservati nel data base informatico del titolare del trattamento, Wolters Kluwer Italia S.r.l. Responsabile del trattamento: Ufficio MID. L'elenco aggiornato di tutti i responsabili del trattamento potrà essere richiesto per iscritto all'Ufficio MID presso la sede della società. I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, da enti e società esterne ad essa collegati, nonché da soggetti terzi, titolari autonomi del trattamento, solo per l'invio di materiale amministrativo-contabile, commerciale e promozionale. Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione scritta a Wolters Kluwer Italia S.r.l., Ufficio MID, Milanofiori, Strada 1-Palazzo F6, 20090 Assago (MI).

I beneficiari con posizioni stabili

di Maurizio Lupoi

SOMMARIO: § 1. La struttura delle disposizioni beneficiarie. – § 2. “Beneficiari del Trust”, “Beneficiari del Reddito”. – § 3. Disposizioni beneficiarie semplici e la loro formulazione tipica. – § 4. Riserva di individuare i beneficiari. – § 5. Individuazione dei beneficiari in connessione con gli incrementi del fondo in trust. – § 6. “Power of appointment”: il potere di nomina dei beneficiari rimesso al trustee. – § 7. “Power of appointment”: il potere di nomina dei beneficiari rimesso a un beneficiario.

§ 1. La struttura delle disposizioni beneficiarie.

A) Impostazione

Sia nei trust di famiglia che nei trust commerciali un caso frequente è quello nel quale vi sia una sola categoria di persone alla quale spetta ricevere il “Fondo in trust” (il *patrimonio*) e le sue utilità (il *reddito*): costoro sono i beneficiari.

Si pensa comunemente che il fondo in trust debba essere trasferito ai beneficiari al *termine* del trust, ma vedremo nel corso del libro che questa elementare situazione non corrisponde sempre alla realtà. Ma già da adesso, riflettendo su come strutturare un trust in favore dei creditori di un imprenditore (con funzione analoga a un concordato stragiudiziale con cessione dei beni) emerge intuitivamente che non c'è ragione di fare attendere i creditori fino al termine della attività liquidatoria del trustee e quindi il patrimonio o fondo in trust può essere trasferito loro *nel corso* del trust man mano che esso venga convertito in danaro.

Con riferimento a questa medesima ipotesi, emerge intuitivamente anche che l'indicazione dei beneficiari, coincidenti con i creditori dell'imprenditore, è solo apparentemente soddisfacente; infatti, può darsi che il trustee ottenga, alienando il patrimonio vincolato nel trust, una somma superiore a quanto complessivamente spetti ai creditori e sarà allora necessario prevedere un beneficiario ulteriore, rispetto ai creditori, al quale consegnare l'eccedenza.

Infine, le singole spettanze sono individuabili sin dall'atto istitutivo, come nel caso del trust in favore dei creditori, senza che nulla possa accadere che mo-

difichi i diritti dei singoli beneficiari: parleremo a questo proposito di “posizioni *stabili*”; oppure le spettanze sono suscettibili di variare, estinguersi o venire in esistenza in relazione a circostanze obiettive (per esempio, nei trust di famiglia, la suddivisione per linee di discendenza) oppure a scelte rimesse al trustee o ancora a mutamenti di intenzione da parte del disponente: parleremo a questo proposito di “posizioni *instabili*”.

In conclusione, alla base di qualsiasi struttura dell'atto istitutivo sono tre elementi, che svolgono le seguenti funzioni:

- a) il primo definisce una nozione: “Beneficiari”;
- b) il secondo disciplina la variabilità del primo elemento, soggettiva o oggettiva;
- c) il terzo obbliga il trustee a trasferire il fondo in trust, nel corso o al termine del trust, in favore dei soggetti risultanti dall'operare del primo e del secondo elemento.

Nei trust privi di variabilità il primo e il terzo elemento possono essere congiunti in una singola clausola essenziale del tipo:

esempio n. 1. I “Beneficiari”

A. Il termine “Beneficiari” indica Diletta e Angelica, nipoti del Disponente, alle quali il Trustee trasferisce il Fondo in trust venti anni dopo la sottoscrizione di questo Strumento.

Torneremo fra poco su questa clausola e la completeremo(1).

Note:

Maurizio Lupoi è professore ordinario dell'Università di Genova.

Con il consenso dell'editore e dell'autore riproduciamo con varianti redazionali parte del cap. V da M. Lupoi, L'atto istitutivo di trust – con un formulario, Giuffrè editore, Milano, 2005.

Nel corso del libro, tutte le clausole compaiono quali “esempi”, qualche volta segnate “da non usare” per le ragioni che sono illustrate di volta in volta. Molte clausole contengono opzioni e alternative secondo le seguenti convenzioni:

la parentesi quadre “[]” indicano parole o frasi opzionali: esse possono essere o meno incluse secondo l'opportunità;

la barra “/” indica due o più formulazioni alternative: fra esse è necessario scegliere a meno che siano all'interno di una frase marcata quale opzionale che si decida di non includere;

il segni “<” e “>” indicano elementi di fatto.

(1) § 3 di questo capitolo. Qualora il trasferimento del fondo ai beneficiari richieda attività da parte del trustee, in particolare la formazione di quote, soccorreranno specifiche disposizioni.

B) Approfondimento del terzo elemento: il trasferimento ai beneficiari

Nell'esempio appena visto è una *obbligazione* di trasferire ai beneficiari (resa, secondo lo stile delle clausole di questo libro, con l'indicativo presente): "il Trustee trasferisce il Fondo in trust a ...", ma essa non rende completamente gli effetti della nozione del diritto dei trust che compare nella frase classica "the Trustees shall hold the Trust Fund upon trust for ...", che vedremo fra un momento; già i riferimenti temporali delle due frasi, italiana e inglese, sono diversi: quello italiano fa pensare a una esecuzione istantanea: "Decorsi venti anni ..., il Trustee trasferisce", mentre quello inglese propone un rapporto di durata. Siamo di fronte al problema della "traduzione" in termini civilistici di un concetto basilare dell'*equity* inglese; scrivere "Decorsi venti anni ..., il Trustee trasferisce" non è affatto errato e quindi questa frase può tranquillamente essere impiegata, ma è riduttivo.

Allo scopo di riportare quanto possibile le nozioni del diritto dei trust nel contesto civilistico, la disposizione tipica che propongo per il *terzo* elemento della struttura beneficiaria, quando i diritti dei beneficiari sul fondo maturino al termine del trust, è la seguente:

esempio n. 2. Appartenenza del Fondo in trust [ai Beneficiari]

A. Sopraggiunto il termine finale della Durata del Trust, il Fondo in trust è trasferito di diritto a <individuazione dei soggetti beneficiari>, ai quali soltanto il Fondo da quel momento appartiene; il Trustee

1. tiene il Fondo a loro disposizione / a disposizione del soggetto o dei soggetti così individuati
2. e cura qualunque adempimento necessario per rendere tale appartenenza giuridicamente opponibile ai terzi.

esempio n. 3. Entitlement to the Trust Fund

A. Upon the termination of the Trust Period the Trustees shall hold the Trust Fund upon trust for <...> absolutely and shall take every necessary step to convey legal title to them, enforceable against any third party.

Due i dati significativi dell'inquadramento civilistico: "trasferito di diritto" nel comma A. e "tiene il Fondo a disposizione" nel comma A.1: quest'ultima è la locuzione della quale mi avvarrò regolarmente quando il diritto dei trust impone al trustee una obbligazione incondizionata, il cui momento e modalità di adempimento sono rimessi al creditore(2); rinvio comunque al luogo appropriato per l'inquadramento teorico delle proposizioni in esame e della loro traduzione.

La "<individuazione dei soggetti beneficiari>", di cui al comma A., delinea due possibili contenuti di questo terzo elemento della struttura beneficiaria:

a) le parole "i Beneficiari" sia qualora il trust non abbia circostanze di instabilità, e quindi i beneficiari siano i soggetti individuati nel primo elemento (come nella clausola appena vista), sia qualora, pur essendovi circostanze di instabilità, le clausole appartenenti al secondo elemento abbiano avuto l'effetto di individuare *nel corso* del trust a chi spetta che cosa, cosicché i "Beneficiari" potranno essere diversi da quelli indicati nel primo elemento;

b) o invece l'indicazione dei *criteri* in forza dei quali, nel *momento finale* del trust, si determina a chi spetta che cosa: dal caso elementare di quote predefinite fra due beneficiari elencati a casi assai molto complessi.

Ho già segnalato che il fondo può spettare ai beneficiari *nel corso* del trust e allora si adotterà una diversa terminologia.

Concludendo, per ora, sui tre elementi della struttura delle disposizioni beneficiarie, in questo capitolo tratterò soltanto casi di posizioni beneficiarie *stabili*, rispetto alle quali, quindi, il secondo elemento (la variabilità) non è presente. Le posizioni beneficiarie caratterizzate da instabilità saranno oggetto di altro capitolo.

§ 2. "Beneficiari del Trust", "Beneficiari del Reddito".

È possibile che vi siano soggetti diversi da quelli ai quali spetta il fondo al termine del trust, titolari di posizioni aventi per oggetto il *reddito*; per esempio, in un trust di famiglia il patrimonio può essere destinato ai nipoti e pronipoti del disponente, ma il reddito al suo coniuge e ai suoi figli.

Sotto il profilo terminologico parleremo sempre di "beneficiari". Una specifica nozione di "beneficiari *del reddito*" è raramente necessaria o perché i soggetti titolari di diritti (o di aspettative) sul reddito del fondo coincidono con coloro ai quali è destinato il fondo stesso o perché, pur non coincidendo, la struttura del trust non richiede disposizioni che li riguardino tutti alla stregua di una categoria; una specifica nozione è necessaria solo qualora questi soggetti siano titolari,

Nota:

(2) V. il commento all'esempio n. 15.

quale categoria, di qualche diritto nei confronti del trustee (per esempio, di essere consultati in materia di investimenti) o possibili destinatari di sue deliberazioni (per esempio, l'impiego eccezionale in loro favore di cespiti inclusi nel fondo in trust) e sia allora opportuno fare riferimento a essi per mezzo di una sola espressione, quella di "Beneficiari del Reddito" e impiegare una espressione diversa per designare gli altri beneficiari, i "Beneficiari del Trust", intendendosi: titolari del diritto di ricevere il patrimonio (il fondo in trust) piuttosto che i redditi da esso prodotti; e allora quando ci si voglia riferire sia ai "Beneficiari del Trust" che ai "Beneficiari del Reddito" si impiegherà semplicemente il vocabolo "Beneficiari"⁽³⁾.

Non ho seguito questa impostazione nelle clausole presentate nel corso del libro. Data la rarità del bisogno di identificare i "Beneficiari del Reddito", ho rilevato che è normalmente sufficiente parlare di "Beneficiari" senza precisazioni, ma chi preferisca fare diversamente aggiungerà le precisazioni che riterrà opportune nelle singole clausole e troverà più avanti sia la definizione di "Beneficiari del Reddito" sia, nel medesimo articolo, la convenzione che indica in "Beneficiari" il termine che unisce "Beneficiari del Reddito" e "Beneficiari del Trust".

§ 3. Disposizioni beneficiarie semplici e la loro formulazione tipica.

A) Impostazione

Ripeterò più volte nel corso del libro che non ci si deve innamorare di alcuna struttura redazionale dell'atto istitutivo e che occorre commisurare le disposizioni dell'atto a quanto sia realmente necessario in ciascun caso.

Riprendiamo allora la clausola semplice di individuazione dei beneficiari, che per comodità del lettore ripeto:

esempio n. 4. I "Beneficiari" [esempio n. 1]

A. Il termine "Beneficiari" indica Diletta e Angelica, nipoti del Disponibile, alle quali il Trustee trasferisce il Fondo in trust venti anni dopo la sottoscrizione di questo Strumento.

Le convenzioni stilistiche degli atti istitutivi in lingua inglese impongono una netta separazione fra gli elementi della struttura, ma nei casi elementari tutto questo non è seriamente richiesto e la clausola che abbiamo appena visto è perfettamente valida e sarebbe accettata senza troppe discussioni da un giu-

rista inglese anche se la si rendesse leggermente più complessa, come segue:

esempio n. 5. I "Beneficiari"

A. Il termine "Beneficiari" indica Diletta e Angelica, nipoti del Disponibile, alle quali il Trustee trasferisce il Fondo in trust venti anni dopo la sottoscrizione di questo Strumento nelle rispettive proporzioni di tre quarti e un quarto.

Dovendo elaborare testi negoziali tipizzati, le convenzioni stilistiche alle quali ho fatto sopra cenno impongono di distinguere il primo dal terzo elemento della struttura beneficiaria tipica, che abbiamo delineato al principio di questo capitolo: il primo con *mera funzione designativa* dei beneficiari e il terzo con *funzione dispositiva* circa le spettanze dei singoli beneficiari, tanto se si tratti di quote eguali fra tutti quanto se si tratti di spettanze su specifici beni o di quote diseguali (come si è premesso, questo capitolo riguarda i beneficiari con posizioni stabili e quindi il secondo elemento della struttura beneficiaria, dedicato alla variabilità delle posizioni beneficiarie, non trova applicazione).

Se vogliamo seguire la teoria alla lettera, e quindi avvalerci della disposizione tipica del terzo elemento che ho sopra proposto, avremo la seguente formulazione:

esempio n. 6. I "Beneficiari"; appartenenza del Fondo in trust ai Beneficiari

A. Il termine "Beneficiari" indica Diletta e Angelica, nipoti del Disponibile.

B. Sopraggiunto il termine finale della Durata del Trust, il Fondo in trust è trasferito di diritto ai Beneficiari, ai quali soltanto il Fondo da quel momento appartiene; il Trustee

1. tiene il Fondo a disposizione

a. di Diletta per tre quarti

b. di Angelica per un quarto

2. e cura qualunque adempimento necessario per rendere tale appartenenza giuridicamente opponibile ai terzi.

Nota:

(3) Negli atti istitutivi dei trust interni si usa spesso distinguere fra "Beneficiari Finali" e "Beneficiari del Reddito". Ho preferito eliminare "Beneficiari Finali" e sostituirvi "Beneficiari del Trust": la ragione della sostituzione sta non solo nel fatto che "Beneficiari del Trust" indica la pienezza della posizione dei beneficiari, ma anche in due ulteriori considerazioni: primo, "Beneficiari Finali" ha senso solo se contrapposto a "Beneficiari del Reddito" e questa contrapposizione ha senso solo qualora si tratti di soggetti diversi o vi sia una diversa successione fra le due serie di beneficiari: il che, come accennato nel testo, frequentemente non avviene (come si vedrà avanti, è più semplice strutturare gli interessi beneficiari solo con riferimento ai beneficiari del fondo in trust anche quando il reddito spetti, oltre che ad essi, ad altri soggetti); secondo, "Beneficiari Finali" conduce intuitivamente al momento ultimo del trust mentre, come posto in rilievo nel testo, il fondo può spettare ai beneficiari anche nel corso del trust.

Prassi negoziale

Sebbene sia fondamentale avere a mente la struttura teorica delle disposizioni beneficiarie, si può spesso evitare di appesantire l'atto istitutivo con clausole inutilmente complesse; il passaggio dalla formulazione, corretta ed essenziale, dell'esempio n. 5 a quella appena riportata obbliga, fra l'altro, a introdurre un articolo che definisca la durata del trust: nell'esempio n. 5 la durata era nel testo della clausola ("venti anni dopo la sottoscrizione di questo Strumento"), mentre ora l'attacco del comma B ("Sopraggiunto il termine finale della Durata del Trust ...") rinvia implicitamente ad altro articolo dell'atto istitutivo. Questo è il prezzo da pagare se si vogliono proporre clausole-tipo, in quanto normalmente la durata del trust richiede una apposita definizione e quindi la clausola-tipo presuppone che una definizione ci sia.

Per quanto l'esempio n. 5 possa apparire del tutto sufficiente, non ci si deve stancare di ricordare che nelle clausole di questo libro l'attribuzione di quote (o di singoli beni) ai beneficiari va necessariamente nella clausola dispositiva (terzo elemento) e non in quella meramente eleniativa dei beneficiari (primo elemento); è ovvio che in molti casi, come quello in esame, non fa alcuna differenza, ma conviene prendere l'abitudine di seguire la struttura tipica per quattro ragioni:

- a) per evitare di commettere errori in situazioni più complesse di questa;
- b) per redigere clausole agevolmente riutilizzabili;
- c) per avvalersi dei termini definiti;
- d) per avere a disposizione un testo integrabile senza difficoltà nel corso della redazione finale dell'atto istitutivo o in altre circostanze.

Le prime due ragioni sono ovvie; vorrei soffermarmi sulla terza e sulla quarta.

B) Una precisazione sull'impiego dei termini definiti

Quale può essere il vantaggio di scrivere "Sopraggiunto il termine finale della Durata del Trust ...", usando, quindi, un termine definito, rispetto a scrivere "venti anni dopo la sottoscrizione di questo Strumento"? Il vantaggio è che la definizione del termine di durata del trust è il frutto di una serie di riflessioni che, una volta fatte, conviene non perdere di vista. Trattando delle clausole sulla durata(4) abbiamo visto che "venti anni dopo la sottoscrizione di questo Strumento" lascia un margine di incertezza qualora disponente e trustee sottoscrivano in tempi diversi; abbiamo visto anche che le clausole *standard* prevedono casi di anticipazione del termine finale e

magari, spronati da quest'ultimo rilievo, ci siamo chiesti se non sia il caso di prevedere l'anticipazione nel caso in esame. Tutti questi profili si perdono se, puntando alla semplificazione, si ignora la tecnica del termine definito e si punta brutalmente al primo termine che viene in testa.

Ma non finisce qui. Supponiamo che nell'atto istitutivo del trust nel quale abbiamo collocato la clausola di cui all'esempio n. 5 occorra prevedere il compimento di una certa attività due anni prima della cessazione del trust; l'unico modo per indicare questo termine, nel contesto terminologico dell'esempio n. 5, è di esprimerlo come "Decorsi diciotto anni dalla data della sottoscrizione di questo Strumento ...". Se, per una qualsiasi ragione, all'ultimo minuto il disponente decide di portare il termine a venticinque anni e il redattore dell'atto non ha presente tutti gli altri termini dell'atto, l'attività da compiere due anni prima della cessazione del trust rimarrà bloccata al diciottesimo anno (e quindi sette, non due, anni prima della cessazione del trust); questo non succederebbe se "Durata del Trust" fosse un termine definito, perché allora, in luogo di "Decorsi diciotto anni dalla data della sottoscrizione di questo Strumento ..." si scriverebbe "Due anni prima del termine finale della Durata del Trust" e questo biennio si adeguerebbe automaticamente alla variazione della definizione della durata del trust.

C) La formulazione tipica delle disposizioni beneficiarie semplici

La quarta ragione (avere a disposizione un testo integrabile senza difficoltà) ci conduce a riesaminare il testo dell'esempio n. 6 e a chiederci come pervenire a una formulazione tipica per le disposizioni beneficiarie semplici nel contesto dei trust di famiglia con posizioni stabili e attribuzione dei beni al termine del trust.

Nell'esempio n. 6 non si prende in considerazione la possibilità che una delle due beneficiarie non sia in vita al termine della durata del trust; questo significa soltanto che il diritto di ciascuna di esse a una quota del fondo in trust è definitivamente acquisito nel suo patrimonio e segue quindi le ordinarie regole della successione a causa di morte (o del trasferimento per atto fra vivi). Mentre questa impostazione è normale per i trust commerciali, essa è rara nei trust di famiglia.

Nota:

(4) M. Lupoi, Disposizioni generali dell'atto istitutivo, in questa Rivista, 2005, 471.

Vediamo come potrebbe essere un articolo dell'atto istitutivo che, in sostanza, trasferisce ai figli la quota del beneficiario defunto e, in mancanza di figli, la trasferisce all'altro beneficiario.

esempio n. 7. I "Beneficiari"; Appartenenza del Fondo in trust ai Beneficiari

- A. Il termine "Beneficiari" indica Diletta e Angelica, nipoti del Disponente.
- B. Sopraggiunto il termine finale della Durata del Trust, il Fondo in trust è trasferito di diritto:
1. per tre quarti:
 - a. Diletta;
 - b. in mancanza: ai figli [allora viventi] di Diletta in quote eguali;
 - c. in mancanza: a Angelica;
 - d. in mancanza: ai figli [allora viventi] di Angelica in quote eguali;
 2. per un quarto:
 - a. a Angelica;
 - b. in mancanza: ai figli [allora viventi] di Angelica in quote eguali;
 - c. in mancanza: a Diletta;
 - d. in mancanza: ai figli [allora viventi] di Diletta in quote eguali.
 ai quali soltanto il Fondo in trust da quel momento appartiene.
 3. Il Trustee
 - a. tiene il Fondo a loro disposizione
 - b. e cura qualunque adempimento necessario per rendere tale appartenenza giuridicamente opponibile ai terzi.

Un primo quesito: occorre il comma A? La risposta è che, per i fini dell'articolo in esame, esso non occorre; quindi, a meno che la nozione di "Beneficiario" sia impiegata in altri articoli dell'atto istitutivo, la relativa definizione è perfettamente inutile e può essere omessa: ecco un esempio di quanto scrivo poco sopra circa l'adeguamento delle disposizioni alle specifiche necessità del singolo atto, senza seguirne pedissequamente le strutture tipiche.

Un secondo quesito: cosa accade se un figlio di una beneficiaria, defunta nel corso del trust, muore anche egli prima del termine finale? Per come sono scritte le disposizioni, il diritto oramai gli apparteneva e quindi passa ai suoi eredi; tuttavia, il testo opzionale "[allora viventi]" impedisce questa conseguenza e, qualora lo si includa, solo i figli viventi hanno diritto di ricevere la relativa quota del fondo in trust.

Un terzo quesito: se entrambe le beneficiarie muoiono prima del termine finale della durata del trust senza lasciare figli? È ovvio che si verifica un *resulting trust* in favore del disponente.

Il problema dell'articolo che stiamo esaminando consiste nel fatto che le quote delle due beneficiarie sono diseguali. Qualora le quote fossero eguali, la formulazione sarebbe assai più semplice e, soprattutto, generalizzabile per un qualsiasi numero di beneficiari. Nel testo che segue indico come opzionale la definizione di "Beneficiari": essa, come appena chiarito, occorrerà solo qualora la si debba impiegare in altri articoli dell'atto istitutivo (dato che in questo articolo non serve):

esempio n. 8. [I "Beneficiari"]; Appartenenza del Fondo in trust [ai Beneficiari]

- A. [Il termine "Beneficiari" indica i discendenti del Disponente nati entro il termine finale della Durata del Trust.]
- B. Sopraggiunto il termine finale della Durata del Trust, il Fondo in trust è suddiviso in tante quote eguali quanti sono
1. i figli del Disponente allora viventi, a ciascuno dei quali spetta una quota,
 2. e i figli defunti del Disponente, dei quali vivano figli, e a ciascuno di questi ultimi spetta, in parti eguali, la quota che sarebbe altrimenti spettata al loro genitore ai quali soltanto il Fondo in trust da quel momento appartiene. Il Trustee
 - a. tiene il Fondo a loro disposizione
 - b. e cura qualunque adempimento necessario per rendere tale appartenenza giuridicamente opponibile ai terzi.

esempio n. 9. ["The Beneficiaries"]; Entitlement to the Trust Fund

- A. [The "Beneficiaries" means the descendants of the Settlor born before the termination of the Trust Period.]
- B. Upon the termination of the Trust Period the Trustees shall divide the Trust Fund in as many equal shares as there are
1. children of the Settlor then living, and each of them shall be entitled to one such share, and
 2. children of the Settlor who have died leaving children living at the termination of the Trust Period, and the children of each such child shall take equally among them the share which their parent would if living have taken
- and the Trustees shall
- a. hold the Trust Fund upon trust for the persons and in the shares specified above absolutely and
 - b. take every necessary step to convey legal title to them, enforceable against any third party.

Questo articolo è sufficientemente generalizzato per essere impiegato correntemente nei trust di famiglia *con posizioni stabili*. Esso non si preoccupa della morte dei figli dei figli e quindi è idoneo per trust di

Prassi negoziale

durata non lunghissima, rispetto ai quali sembra sufficiente disporre per il caso che nel corso del trust muoia un figlio del disponente. La conseguenza di non prevedere gli effetti della morte del figlio di un figlio è che gli eventuali suoi discendenti non ricevono nulla; questo è accettabile quando l'evento della morte del figlio di un figlio con discendenti entro il termine finale del trust sia, alla luce della durata del trust, trascurabile.

Si noti che quest'ultima conseguenza è eliminata se invece si segue la formulazione del precedente esempio, senza l'opzione "[allora viventi]", in quanto i figli dei figli sono allora visti quali titolari di diritti sul fondo in trust a prescindere dalla loro sopravvivenza al termine del trust.

Fra breve vedremo come generalizzare la formulazione che prescinde dalla sopravvivenza di un figlio del disponente al termine della durata del trust. Quando si preferisca invece mantenere l'attribuzione delle quote legata alla sopravvivenza, ma, al tempo stesso, provvedere per un numero illimitato di generazioni, occorre passare a formulazioni più complesse.

§ 4. Riserva di individuare i beneficiari.

Il disponente può non volere indicare subito i beneficiari o perché non ha ancora maturato una decisione o perché desidera una maggiore riservatezza e quindi preferisce che i loro nomi non compaiano nell'atto istitutivo; d'altronde, un trust è valido anche senza l'indicazione di alcun beneficiario, perché si converte in un *resulting trust* in favore del disponente medesimo.

esempio n. 10. I "Beneficiari"

A. Il termine "Beneficiari" indica le persone [escluso il Disponente medesimo] che il Disponente, [per testamento o] per mezzo di atti [autentici] comunicati al Trustee [, revocabili o irrevocabili], nomina nel corso della Durata del Trust:

1. individualmente o quale categoria,
2. anche a termine o sotto condizione sospensiva [o risolutiva].

B. Con i medesimi o con altri atti [autentici] comunicati al Trustee [, revocabili o irrevocabili], il Disponente può

1. determinare il reddito o la quota del Fondo o gli specifici beni spettanti a uno o più Beneficiari;
2. enunciare specifiche disposizioni, inclusi trust discrezionali e poteri dispositivi o gestionali spettanti al Trustee o ad altro soggetto in favore di alcun Beneficiario.

La prima scelta redazionale è nella intitolazione di questo articolo. Se le clausole dell'atto istitutivo, contrariamente alla prassi proposta in questo libro, si avvalgono della nozione definita "Beneficiari del Reddito" - e quindi della nozione collegata di "Beneficiari del Trust" - e il potere del disponente riguarda solo una fra tali nozioni, l'intitolazione richiamerà la nozione appropriata e le prime parole del comma A. riceveranno la corrispondente precisazione.

A parte la forma dell'atto autentico, la seconda scelta redazionale riguarda la possibilità di procedere alla nomina per testamento; essa ha ovviamente un senso qualora la durata del trust ecceda la vita del disponente.

Venendo ora al contenuto dispositivo della clausola, si noti che i beneficiari possono essere individuati anche come "categoria". Ho tradotto "categoria" in inglese come "class", che è un termine tecnico del diritto dei trust sul quale dovremo soffermarci a lungo, ma ho preferito non usare "classe" nel testo italiano, che non ha precedenti normativi, mentre "categoria" corrisponde al termine impiegato nell'art. 631 cod. civ. con riferimento alla disposizione testamentaria "in favore di persona da scegliersi dall'onere o da un terzo tra più persone determinate dal testatore o appartenenti a famiglie o *categorie di persone* da lui determinate".

Gli atti di nomina possono essere più di uno, come è reso evidente dall'impiego del plurale, e quindi si potrà trattare di atti parziali quanto ai beni che ne formano l'oggetto; è possibile introdurre elementi di variabilità nelle nomine, come appare dalle parole opzionali, che consentono condizioni risolutive e nomine revocabili; ne parleremo meglio nel prossimo capitolo, dedicato alle posizioni beneficiarie instabili.

È importante che sia chiara la distinzione fra i due commi, i quali riguardano, rispettivamente, il primo e il terzo elemento della struttura beneficiaria: inclusione nella categoria "Beneficiari" e, contemporaneamente o successivamente, determinazione di quanto spetta (sul fondo in trust o sul reddito del fondo).

Nulla impedisce in teoria che il disponente nomini beneficiario se stesso; in alcuni casi questa possibilità deve essere impedita o è opportuno che lo sia e allora occorre un ulteriore comma:

C. Il Disponente non può nominare se stesso.

La clausola ora riferita sarà meglio inserita nel

corpo del comma A., come nel testo opzionale sopra proposto e nella seguente traduzione completa dell'articolo:

esempio n. 11. "The Beneficiaries"

A. "The Beneficiaries" means any person or persons or class or classes of persons nominated by the Settlor during the Trust Period by one or more [notarially attested] documents, revocable or irrevocable, delivered to the Trustees, [or by will], provided that the Settlor cannot nominate himself.

B. A nomination may be:

1. for a specified period or from a certain date
2. subject to a condition precedent [or subsequent].

C. In a nomination or in other [notarially attested] documents, revocable or irrevocable, delivered to the Trustees, the Settlor may

1. determine the income or the share or the specific assets of the Trust Fund to which a Beneficiary is entitled;
2. create any provisions, including discretionary trusts and dispositive or administrative powers exercisable by the Trustees or any other person in favour of any Beneficiary.

Si noti "means", che chiaramente attua la funzione designativa del primo elemento della struttura beneficiaria. Si noti anche la pignoleria nel testo inglese di "person or persons" e di "class or classes", che non mi è sembrato necessario introdurre nel testo italiano.

Può accadere che il disponente preferisca delegare la scelta dei beneficiari o comunque avere la possibilità di farlo; l'ipotesi normale in questi casi è che il disponente pensi di non essere in vita quando si verificheranno le circostanze dalle quali dipenderà la scelta dei beneficiari o, più comunemente, la ripartizione del fondo in trust fra di essi.

Si pensi al caso in cui il disponente sia un imprenditore che ha contratto un secondo matrimonio in età abbastanza avanzata e ha figli maggiorenni dal primo matrimonio e un infante dal secondo; egli desidera ripartire il proprio patrimonio equamente fra i figli, ma non è in grado di sapere se l'infante potrà utilmente partecipare alla gestione dell'azienda insieme ai figli del primo matrimonio o se, addirittura, egli si rivelerà il più adatto di tutti. Il problema è allora quello di decidere a chi attribuire l'azienda e a chi gli altri beni.

La disposizione dell'atto istitutivo richiede allora una integrazione nel comma A., come nel testo che segue:

esempio n. 12. I "Beneficiari"

A. Il termine "Beneficiari" indica le persone che il Disponente, [per testamento o] per mezzo di atti [autentici] comunicati al Trustee [, revocabili o irrevocabili], nomi nel corso della Durata del Trust [escluso il Disponente medesimo] o che, con le medesime forme, siano nominati dal soggetto al quale il Disponente abbia attribuito questo potere [per atto autentico]:

1. individualmente o quale categoria,
2. anche a termine o sotto condizione sospensiva [o risolutiva].

B. Con i medesimi o con altri atti [autentici] comunicati al Trustee [, revocabili o irrevocabili], il Disponente può / il Disponente o il soggetto al quale il Disponente abbia attribuito questo potere possono:

1. determinare il reddito o la quota del Fondo o gli specifici beni spettanti a uno o più Beneficiari;
2. enunciare specifiche disposizioni, inclusi trust discrezionali e poteri dispositivi o gestionali spettanti al Trustee o ad altro soggetto in favore di alcun Beneficiario.

Il disponente potrà attribuire il potere a una o più persone nominativamente indicate, ma anche riferirsi a chi rivesta l'ufficio di guardiano del trust o chi si trovi in un certo rapporto di parentela.

§ 5. Individuazione dei beneficiari in connessione con gli incrementi del fondo in trust.

Per il caso di apporti incrementativi del fondo in trust l'atto istitutivo del trust può consentire a chi trasferisce beni al trustee di dettare prescrizioni sia per atti gestionali sia per atti dispositivi; in mancanza di disposizioni di natura beneficiaria, beneficiari rimangono naturalmente i soggetti nominati nell'atto istitutivo.

Prescrizioni riguardanti gli interessi beneficiari possono essere richieste in quei trust di famiglia ai quali partecipino più soggetti e ciascuno si riservi di determinare in favore di quale fra i propri discendenti, o in quali quote, egli destinerà i beni che successivamente vincolerà nel trust. Lo stesso avviene nei trust di investimento, ove ciascun partecipante all'investimento vuole normalmente decidere in favore di chi devolvere l'esito dell'investimento, per lo meno qualora l'esito si manifesti dopo la sua morte.

Riprendiamo nel primo comma dell'articolo che segue una fra le formulazioni delle clausole relative all'incremento del fondo in trust e nel secondo iniziamo con il testo del comma proposto quale possibile secon-

Prassi negoziale

do comma. Dobbiamo ora specificare come vengono nominati gli specifici beneficiari dei beni oggetto di uno specifico incremento e, in proposito, potremo giovarci della formulazione di cui all'esempio n. 10:

esempio n. 13. Nomina dei Beneficiari degli ulteriori apporti

A. Il Trustee può accettare incrementi del Fondo in trust da chiunque / solo dal Disponente / dai Disponenti(5).

B. Chi incrementi il Fondo in trust

1. può prescrivere [per atto autentico] le modalità di gestione e di disposizione dei beni che trasferisce al Trustee, con esonero di questi da responsabilità;

2. può nominare i soggetti ai quali spettano i beni o diritti da lui trasferiti:

a. individualmente o quale categoria,

b. anche a termine o sotto condizione sospensiva [o risolutiva],

c. [per testamento] o per mezzo di atti [autentici] comunicati al Trustee [, revocabili o irrevocabili].

“Chi incrementi” si applica, in mancanza di specificazioni, anche al disponente, il quale, in questo modo, non è vincolato dalle disposizioni beneficiarie dell'atto istitutivo: esse vengono limitate ai trasferimenti eseguiti in favore del trustee al momento dell'istituzione del trust.

Tanto il disponente che i terzi sono così liberi di destinare ogni apporto, successivo all'istituzione del trust, come meglio credono, oltretutto tenendo conto di ogni possibile variazione degli elementi per mezzo del gioco dei termini e delle condizioni sospensive; come per le nomine riservatesi dal disponente, delle quali abbiamo appena trattato, le clausole in esame possono introdurre elementi di variabilità, come appare dalle parole opzionali al termine del comma C.2, sulle quali ora non ci soffermiamo.

La tecnica redazionale del comma B.2. consiste nel non collocare i soggetti nominati da coloro che incrementano il fondo in trust nella categoria dei “Beneficiari”; questo comporta che le disposizioni dell'atto istitutivo riguardanti i “Beneficiari” non si applicheranno a chi sia stato nominato da un soggetto incrementatore: se, per esempio, la nomina del nuovo trustee spetta ai “Beneficiari”, solo coloro che rientrano nella categoria “Beneficiari” hanno diritto di concorrere alla nomina.

Una complicazione riguarda il terzo elemento della struttura beneficiaria, perché la relativa disposizione dell'atto istitutivo non potrà più essere formulata

in nessuno dei modi sinora esaminati a causa del fatto che i soggetti destinatari e le rispettive quote o i rispettivi beni specificamente destinati, eventualmente gli effetti delle morti di tali soggetti, sono sotto il controllo non più dell'atto istitutivo ma del tenore delle rispettive dichiarazioni di nomina, rese dai soggetti che hanno incrementato il fondo in trust. Naturalmente, come già ricordato, le disposizioni dell'atto istitutivo circa l'appartenenza del fondo in trust rimangono in vigore in difetto di nomina da parte dei soggetti incrementatori, ma non sarà possibile sapere quale ne sia il loro oggetto fino a quando incrementi e nomine siano possibili. Si aggiunga che l'incrementatore che revochi una nomina, senza nominare altro beneficiario, automaticamente riporta i beni apportati sotto il regime generale previsto dall'atto istitutivo (per non parlare dell'incrementatore che scelga la forma testamentaria).

Preliminarmente, conviene definire i soggetti nominati dagli incrementatori – e in proposito modifichiamo il comma B.2. – e poi riprendere la formulazione tipica del terzo elemento della struttura beneficiaria (comma C.), ma distinguendo fra i “Soggetti Nominati” e i “Beneficiari”:

esempio n. 14. I “Beneficiari”; appartenenza del Fondo in trust ai Beneficiari

A. Il termine “Beneficiari” indica i discendenti del Disponente nati entro il termine finale della Durata del Trust.

B. Chi incrementi il Fondo in trust

1. può prescrivere [per atto autentico] le modalità di gestione e di disposizione dei beni che trasferisce al Trustee, con esonero di questi da responsabilità;

2. può nominare i soggetti ai quali spettano i beni o diritti da lui trasferiti (“Soggetti Nominati”):

a. individualmente o quale categoria,

b. anche a termine o sotto condizione sospensiva [o risolutiva],

c. [per testamento o] per mezzo di atti [autentici] comunicati al Trustee [, revocabili o irrevocabili].

C. Sopraggiunto il termine finale della Durata del Trust, il Fondo in trust è trasferito di diritto ai Soggetti Nominati e ai Beneficiari, ai quali soltanto il Fondo da quel momento appartiene:

1. quanto ai Soggetti Nominati, per quanto a ciascuno compete in forza delle rispettive dichiarazioni di nomina;

Nota:

(5) In alternativa il comma A. può essere così formulato:

A. Il Trustee può accettare incrementi del Fondo in trust solo previo consenso del Disponente / [e dopo la sua morte o incapacità] del Guardiano.

2. quanto ai Beneficiari, il Fondo in trust è suddiviso in tante quote quanti sono

- i figli del Disponente allora viventi, a ciascuno dei quali spetta una quota,
- e i figli defunti del Disponente, dei quali vivano figli, ai quali spetta, in parti eguali, la quota che sarebbe altrimenti spettata al loro genitore.

D. Il Trustee:

- tiene il Fondo a disposizione dei soggetti sopra indicati
- e cura qualunque adempimento necessario per rendere tale appartenenza giuridicamente opponibile ai terzi.

Il comma C. è scisso in una parte che riguarda i soggetti nominati dagli incrementatori, per i quali ci si rimette alle disposizioni dei relativi atti di nomina, e in una parte che riguarda i beneficiari, nella quale saranno inclusi criteri di attribuzione voluti dal disponente; nella formulazione di esempio ho ripreso quelli esposti nell'esempio n. 8 per mostrare come essi siano agevolmente inseribili in diversi contesti.

Il comma D. riprende la formulazione tipica, già vista più volte.

I poteri di nomina attribuiti a coloro che incrementano il fondo in trust appartengono alla categoria del "power of appointment", la cui applicazione più spettacolare ha luogo, per opera del trustee, nei trust discrezionali.

§ 6. "Power of appointment": il potere di nomina dei beneficiari rimesso al trustee.

A) Inquadramento

Il verbo "to appoint" corrisponde a un termine tecnico del diritto dei trust: la decisione del trustee o di un altro soggetto, in attuazione di un potere concessogli nell'atto istitutivo, di *creare un interesse beneficiario*, eventualmente rendendolo oggetto di specifiche disposizioni ed eventualmente riducendo le spettanze di altri beneficiari.

Cominciamo dalla formulazione più ampia del potere:

esempio n. 15. Potere generale di nomina

A. Il Trustee può dichiarare nel corso della Durata del Trust [per atto autentico] [comunicato al Guardiano / al Disponente / al Comitato dei Beneficiari] in favore di chi e in quali termini egli tiene a disposizione il Fondo in trust.

esempio n. 16. General power of appointment

A. The Trustees shall hold the Trust Fund on such trusts as they may during the Trust Period appoint [by a notarially attested document] [delivered to the Protector / the Settlor / the Beneficiaries' Committee].

È stato difficile rendere in italiano la tersa espressione tecnica della clausola inglese, ma credo che la sostanza emerga con sufficiente chiarezza: l'intera frase "in favore di chi e in quali termini" corrisponde all'inglese "on such trusts", mentre l'espressione "tiene a disposizione" corrisponde a "shall hold" perché in effetti, individuati i beneficiari, il trustee perde i propri poteri dispositivi e deve solo attendere le istruzioni dei beneficiari nominati circa il trasferimento in loro favore del fondo in trust, *a meno che* nell'atto di nomina siano contenute limitazioni o configurazioni tali da prevenire l'immediata fruibilità dell'interesse beneficiario fino alla sua forma massima e cioè l'immediato trasferimento del fondo in trust o di un suo cespite o quota al beneficiario così nominato.

Nella prassi dei trust interni un *power of appointment* con questa latitudine, specificamente legittimato da alcune leggi del modello internazionale⁽⁶⁾ e ritenuto in prevalenza valido anche in Inghilterra, non è utilizzato: il trustee potrebbe nominare beneficiario qualsiasi persona al mondo (tranne se stesso), nominare nuovi beneficiari e perfino escludere i beneficiari nominati nell'atto istitutivo in favore di diversi soggetti; quest'ultimo tipo di potere renderebbe le posizioni beneficiarie già esistenti intrinsecamente instabili e sarà quindi esaminato nel prossimo capitolo; delle altre forme di esercizio del potere parliamo adesso.

B) Nomina dei beneficiari da parte del trustee: trust discrezionali

Quando è impiegata nei trust interni la clausola attributiva del potere di nomina dei beneficiari è formulata in modo da restringere l'esercizio del *power of appointment* a una specifica categoria di soggetti. Il trustee dovrà esercitare il proprio potere prima del termine finale della durata del trust (dato che successivamente i suoi poteri dispositivi vengono meno). Per ragioni pratiche, usualmente si determina il

Nota:

(6) Trusts (Jersey) Law 1984 e successive modificazioni, art. 35, ripreso, fra gli altri, da Turks and Caicos (The Trusts Ordinance 1990), section 38; Belize, Trusts Act 1992, section 42.

Prassi negoziale

termine per l'esercizio del potere del trustee in modo che sia anteriore al termine finale del trust: nel corso del libro userò per questo fine la locuzione "Termine per la nomina"; la sua definizione, per l'evidente connessione, sarà nell'articolo dell'atto istitutivo che definisce la durata del trust(7).

Nella loro essenzialità, la definizione della categoria e il modo di esercizio del potere compaiono nella seguente clausola:

esempio n. 17. I "Beneficiari"

A. Il termine "Beneficiari" indica i discendenti del Disponente nominati dal Trustee entro il Termine per la nomina.

La nomina ha un effetto *costitutivo* e allora i discendenti del disponente *non sono beneficiari* se non in quanto nominati dal trustee entro il termine indicato(8). La conseguenza del mancato (o invalido) esercizio del potere del trustee in presenza della clausola ora proposta è che *nessun discendente* del disponente ha alcun diritto sui beni vincolati nel trust; sorge quindi un *resulting trust*, a meno che l'atto istitutivo preveda un beneficiario residuale per il caso che il trustee non eserciti il proprio potere di nomina.

Un atto così importante è spesso condizionato al consenso del disponente o del guardiano del trust, richiede una particolare veste formale e può assumere un contenuto più complesso della semplice indicazione di uno o più nomi. Inoltre, come per le nomine viste nei precedenti §§, può essere opportuno consentire che la nomina non si esaurisca necessariamente in un unico atto e scindere la nomina dalla individuazione delle spettanze di ciascun beneficiario (quest'ultimo profilo è presentato quale alternativa nel comma B.). Donde il seguente testo, strettamente connesso, quanto alla struttura, all'esempio n. 10, ma modificato sul punto della possibile revocabilità delle nomine:

esempio n. 18. I "Beneficiari"

A. Il termine "Beneficiari" indica i discendenti del Disponente nominati dal Trustee entro il Termine per la nomina

1. [ottenuto il consenso del / sentito il parere del Guardiano]

2. [per atti autentici] [comunicati al Guardiano / al Disponente / al Comitato dei Beneficiari].

B. Nelle dichiarazioni di nomina / Con i medesimi o con altri atti [autentici] [comunicati al Guardiano / al Disponente / al Comitato dei Beneficiari], il Trustee può

1. determinare il reddito o la quota del Fondo o gli specifici beni spettanti a uno o più Beneficiari;
2. enunciare specifiche disposizioni, inclusi trust discrezionali e poteri dispositivi o gestionali spettanti al Trustee o ad altro soggetto in favore di alcun Beneficiario.

esempio n. 19. "The Beneficiaries"

A. "The Beneficiaries" means any descendant or descendants of the Settlor nominated by the Trustees on or before the Appointed Day

1. [with the consent / having obtained the views of the Protector]

2. [by notarially attested documents] [delivered to the Protector / the Settlor / the Beneficiaries' Committee].

B. In a nomination [or in other [notarially attested] documents] [delivered to the Protector / the Settlor / the Beneficiaries' Committee] the Trustees may

1. appoint income or all or any part or share of the Trust Fund

2. create any provisions, including discretionary trusts and dispositive or administrative powers exercisable by the Trustees or any other person in favour of any Beneficiary.

Vengono così disciplinati:

a) il termine entro il quale il potere del trustee può essere esercitato (questo termine, come già ricordato, sarà definito nell'articolo dell'atto istitutivo che individua la durata del trust); per le espressioni usate è evidente che il potere può essere usato più di una volta;

b) due modalità opzionali: il consenso del Guardiano e la forma (atto autentico);

c) il contenuto della dichiarazione del trustee: essa può individuare uno o più soggetti all'interno della categoria definita nel comma A., determinare o meno la quota di ciascuno o rendere un soggetto destinatario di specifici beni (comma B.1);

d) la dichiarazione di nomina non si esaurisce necessariamente nella indicazione di una o più persone: il comma B.2. consente di munirla di numerosi elementi accidentali, fra i quali rientrano anche possibili elementi di variabilità della posizione beneficiaria.

Note:

(7) M. Lupoi, Disposizioni generali dell'atto istitutivo [*supra*, nota 4], a p. 473.

(8) E' completamente diversa la fattispecie, egualmente riferita ai trust discrezionali, caratterizzata dalla presenza dei beneficiari, fra i quali il trustee può scegliere; l'effetto della mancata scelta è che tutti i beneficiari rimangono tali: si tratta di posizioni beneficiarie instabili.

Ricordiamo sempre l'avvertimento di adeguare l'atto istitutivo alle specifiche necessità. Ipotizziamo che in un trust di durata fissata inderogabilmente in venti anni e avente per oggetto disponibilità finanziarie, il disponente lasci al trustee di scegliere fra i suoi discendenti, ripartendo il capitale egualmente fra i prescelti e senza la necessità di alcuna regola per la corresponsione del reddito nel corso del trust, dato che esso dovrà essere semplicemente accumulato al capitale, incrementandolo, fino al momento della distribuzione. È allora sufficiente la seguente disposizione:

esempio n. 20. Appartenenza del Fondo in trust

A. Decorsi venti anni dalla data della sottoscrizione di questo Strumento da parte del Disponente e del Trustee, il Trustee

1. suddivide il Fondo in trust in quote eguali fra quei discendenti del Disponente che il Trustee individui per mezzo di atto autentico, ai quali soltanto il Fondo in trust da quel momento appartiene;
2. tiene il Fondo a loro disposizione
3. e cura qualunque adempimento necessario per rendere tale appartenenza giuridicamente opponibile ai terzi.

Come si vede, il testo proposto non richiede la preventiva definizione né di "Beneficiari" né di "Durata del Trust".

Altra disposizione dell'atto imporrà al trustee di accumulare ogni reddito al capitale.

§ 7. "Power of appointment": il potere di nomina dei beneficiari rimesso a un beneficiario.

Analogo potere può essere attribuito a un terzo; se, per esempio, un soggetto istituisce un trust del quale vuole siano beneficiari quei figli del proprio unico figlio che quest'ultimo vorrà prescegliere, il *power of appointment* è concesso al figlio del disponente, che potrà esercitarlo solo in favore dei propri figli con la medesima pienezza di attribuzioni che abbiamo appena visto.

Si introduce, così, un importante elemento di flessibilità nella struttura beneficiaria del trust, dal quale si può partire per ulteriori approfondimenti che semplificano la stesura dell'atto istitutivo. Tipico è il desiderio di proteggere economicamente il coniuge di un beneficiario, temperato dalla incertezza su chi sarà il coniuge del beneficiario e su come si potranno evolvere i loro rapporti. Una soluzione consiste nel

lasciare la decisione al beneficiario medesimo, che la assumerà a ragion veduta.

Combinando questi due poteri in un trust la cui durata presumibilmente ecceda la vita del figlio o dei figli del disponente o comunque corrisponda a un momento nel quale essi saranno anziani e non avrebbero alcuna utilità di ricevere una quota del patrimonio del trust, ciascun figlio del disponente potrà disporre che il proprio coniuge divenga beneficiario del reddito del trust per la durata della sua vita e che la quota del patrimonio del trust destinata al figlio medesimo passi a uno o più dei suoi figli.

esempio n. 21. Nomina di beneficiari

A. Entro il Termine per la nomina ciascun figlio del Disponente può [per atto autentico]:

1. dichiarare a quale o quali fra i suoi figli spetta la quota del Fondo in trust che spetterebbe al dichiarante, ove vivente al termine della Durata del Trust;
2. dichiarare che al proprio coniuge spetta il reddito della medesima quota o di parte di essa per la durata della vita del coniuge o per una durata inferiore; anche enunciando, in ciascuno di questi casi, specifiche disposizioni, inclusi trust discrezionali e poteri di gestionali spettanti al Trustee o ad altro soggetto in favore del soggetto nominato.

Sotto il profilo redazionale, "beneficiari" è posto senza l'iniziale maiuscola nella intitolazione perché il termine è utilizzato in senso generico e non richiama la nozione definita "Beneficiari", che potrebbe anche mancare nell'atto istitutivo.

Gli effetti delle nomine che avvengono in forza di questo articolo sono immediati, a meno che il dichiarante indichi diversamente; ne consegue che il coniuge superstite e il figlio o i figli prescelti acquistano un diritto immediato, rispettivamente di tipo usufruttuario e di tipo patrimoniale.

Supponiamo che la disposizione beneficiaria generale dell'atto istitutivo sia quella proposta quale formulazione tipica nell'esempio n. 8, senza il riferimento opzionale ai "Beneficiari"; in mancanza dell'articolo ora proposto, ogni figlio vivente al termine del trust è titolare di una quota, mentre un'altra quota spetta ai figli di ciascuno dei figli premorti. Si pone un ovvio problema di collegamento fra queste due disposizioni perché le nomine rese possibili dall'articolo in esame debbono prevalere sulla disciplina prevista nell'atto istitutivo come ordinaria.

La mia preferenza, in circostanze di questo gene-

Prassi negoziale

re, è di strutturare un unico articolo dell'atto istitutivo, evitando qualsiasi rinvio fra gli articoli dell'atto. La disposizione tipica dell'esempio n. 8 e quella specifica appena esaminata possono essere agevolmente fuse, come segue:

esempio n. 22. Appartenenza del Fondo in trust

A. Entro il Termine per la nomina ciascun figlio del Disponente può [per atto autentico]:

1. dichiarare a quale o quali fra i suoi figli spetta la quota del Fondo in trust che spetterebbe al dichiarante, ove vivente al termine della Durata del Trust;
2. dichiarare che al proprio coniuge spetta il reddito della medesima quota o di parte di essa per la durata della vita del coniuge o per una durata inferiore; anche enunciando, in ciascuno di questi casi, specifiche disposizioni, inclusi trust discrezionali e poteri dispositivi o gestionali spettanti al Trustee o ad altro soggetto in favore del soggetto nominato.

B. Sopraggiunto il termine finale della Durata del Trust, il Fondo in trust è suddiviso in tante quote quanti sono

1. i figli del Disponente allora viventi, e la relativa quota spetta a ciascuno di essi ma, qualora abbiano esercitato il potere di cui al comma che precede, spetta ai soggetti da essi nominati
2. e i figli defunti del Disponente, dei quali vivano figli, e a questi ultimi spetta, in parti eguali, la quota che sarebbe altrimenti spettata al loro genitore ma, qualora questi abbia esercitato il potere di cui al comma che precede, essa spetta ai soggetti da esso nominati

ai quali soltanto il Fondo in trust da quel momento appartiene. Il Trustee

- a. tiene il Fondo a loro disposizione
- b. e cura qualunque adempimento necessario per rendere tale appartenenza giuridicamente opponibile ai terzi.

Si osservi, sotto il profilo della tecnica redazionale che la nomina dei beneficiari avviene, come già in altri casi, senza che il termine "Beneficiario" sia utilizzato. Invero, non vi è alcuna magia nel vocabolo "Beneficiario": occorre soltanto che il terzo elemento della struttura beneficiaria – l'obbligazione del tru-

stee – individui con chiarezza in favore di chi il trustee debba trasferire il fondo.

Un figlio del disponente può non esercitare il potere conferitogli, per una morte improvvisa o per altra ragione, e in questo caso mantiene il proprio vigore la disposizione generale: la quota andrà ai suoi figli, qualora ne abbia di viventi al termine finale del trust, altrimenti si accresceranno le quote degli altri figli del disponente o, secondo i casi, dei loro figli.

Traduzione dell'articolo completo:

esempio n. 23. "The Beneficiaries"

A. Not later than the Appointed Day each child of the Settlor may [by a notarially attested document]:

1. appoint that the Trustees shall hold the share of the Trust Fund to which that child would be entitled if living at the end of the Trust Period for the benefit of one or more of his children
2. appoint an interest in the whole or part of the income of the share to which that child would be entitled, if living at the end of the Trust Period, for the duration of the life of his spouse or for any lesser period and may create in each instance any provisions, including discretionary trusts and dispositive or administrative powers exercisable by the Trustee or any other person in favour of the person thus nominated.

B. Upon the termination of the Trust Period the Trustees shall divide the Trust Fund in as many equal shares as there are

1. children of the Settlor then living, and each of them shall be entitled to one such share subject to any appointment made under the previous paragraph, and
 2. children of the Settlor who have died leaving children living at the termination of the Trust Period, and the children of each such child shall, subject to any appointment made under the previous paragraph, take equally among them the share which their parent would if living have taken
- and the Trustees shall

- a. hold the Trust Fund upon trust for the persons and in the shares specified above absolutely and
- b. take every necessary step to convey legal title to them, enforceable against any third party.

Trust nei patti di separazione coniugale

di Mariagrazia Monegat

SOMMARIO: § 1. Premessa. – § 2. Perché un trust. – § 3. Il contenuto dell'atto. – § 4. La trascrizione. – § 5. Conclusioni.

§ 1. Premessa.

Il Tribunale di Milano, con decreto dell'8 marzo 2005 (*supra*, 585), su parere favorevole del P.M., ha omologato un accordo di separazione consensuale includente l'istituzione di un trust auto-dichiarato.

Lo strumento del trust ben può essere utilizzato anche nell'ambito dei procedimenti di separazione e di divorzio per meglio realizzare le obbligazioni, non solo pecuniarie, a carico dei genitori, attraverso uno strumento che, con assoluta trasparenza e chiarezza, consente di riequilibrare le posizioni e favorire la soluzione della crisi.

Per la prima volta in Italia un trust è stato istituito nell'ambito di un accordo di separazione consensuale omologato con decreto del Tribunale di Milano.

Nel caso di specie il marito, proprietario esclusivo da epoca precedente al matrimonio dell'alloggio destinato a casa coniugale, desiderava provvedere alle esigenze abitative della figlia minore sino al completamento del ciclo di studi e al raggiungimento dell'autonomia economica, ma non desiderava attribuire la proprietà dell'immobile né alla coniuge da cui si stava separando, né alla figlia stessa.

§ 2. Perché un trust.

Come la più autorevole dottrina insegna⁽¹⁾, prima di pensare a realizzare un trust è necessario affrontare e risolvere tre questioni preliminari.

In primo luogo occorre verificare se l'obiettivo che il cliente vuole raggiungere può essere soddisfatto o meno da un negozio di diritto italiano.

Quindi occorre verificare se la scelta del trust, dunque di uno strumento necessariamente regolato da una legge straniera, è giustificata da un interesse meritevole di tutela.

Infine, si dovrà accertare se il negozio giuridico che origina dal trust sia o meno compatibile con il diritto italiano.

Quanto alla prima questione, è evidente che non vi è alcuna necessità di ricorrere al trust quando, utilizzando un negozio previsto dal nostro ordinamento, si può soddisfare pienamente l'esigenza manifestata dal cliente.

La scelta del trust si giustifica quando il legittimo interesse manifestato non trova protezione o non trova sufficiente protezione nell'ordinamento giuridico italiano⁽²⁾.

Nel caso di specie, la finalità voluta dal marito-padre non si sarebbe potuta perseguire attribuendo la nuda proprietà alla figlia di quattro anni e l'usufrutto alla madre. Infatti, adottando tale soluzione, la figlia avrebbe acquisito la piena proprietà dell'immobile in un'epoca futura, ma incerta, mentre secondo le intenzioni del padre essa avrebbe dovuto poter disporre della piena titolarità del bene ad un'età, ancorché diversa dalla maggior età, ma pur sempre determinata, e comunque in un tempo futuro e certo indipendentemente dalle necessità abitative della madre.

Inoltre, il padre desiderava proteggere il valore dell'immobile evitando che una condotta della figlia, divenuta maggiorenne, ad esempio contraendo debiti, determinasse una situazione pregiudizievole.

Inoltre, l'unità immobiliare già destinata a casa coniugale poteva allo stato soddisfare tali esigenze, ma era prevedibile che, con la crescita della figlia, l'appartamento sarebbe divenuto inadeguato e si sarebbe perciò dovuto pensare ad una diversa soluzione abitativa, vendendolo e comprandone un altro, anche in un diverso luogo.

Nel contempo, il padre desiderava separare dal proprio patrimonio tale bene per sottrarlo alle proprie vicende personali e successorie e, in generale, per poterlo segregare a tutti gli effetti al fine di trarre da esso utilità, sia direttamente sia indirettamente, da destinare alla figlia e alla madre finché convivente, per

Note:

Mariagrazia Monegat è avvocato in Milano.

(1) M. Lupoi, L'atto istitutivo di trust, Milano, 2005, p. 4.

(2) M. Lupoi, L'atto istitutivo di trust [*supra*, nota 1], p. 9.

Prassi negoziale

poterlo poi in seguito trasferire a tempo debito alla medesima figlia.

Per raggiungere tale finalità, non si poteva procedere alla semplice assegnazione della casa coniugale alla moglie, perché ciò non avrebbe soddisfatto l'esigenza di segregazione del bene. Infatti, il provvedimento di assegnazione è opponibile al terzo acquirente in data successiva alla separazione dei coniugi per nove anni dall'assegnazione (e, ove il titolo sia stato in precedenza trascritto, anche oltre i nove anni⁽³⁾), ma ciò non impedisce l'aggressione da parte di creditori del marito-padre.

L'effetto segregativo e dunque di protezione poteva solo essere raggiunto attraverso la costituzione del fondo patrimoniale, ma con il limite evidente del raggiungimento della maggior età della figlia e del prevedibile futuro divorzio.

Tuttavia, la finalità voluta dal marito-padre era da ritenersi meritevole di tutela proprio perché analoga a quella disciplinata dagli artt. 167-171 cod. civ.: il bene sarebbe stato destinato a soddisfare i bisogni della famiglia.

Perciò si è ritenuto che il rapporto giuridico che avrebbe consentito di realizzare tale finalità fosse il trust e si è proceduto alla sua istituzione contestualmente agli accordi di separazione che i coniugi hanno sottoscritto davanti al Presidente del Tribunale.

§ 3. Il contenuto dell'atto.

L'atto istitutivo è inserito nel ricorso per separazione consensuale sottoscritto dai coniugi presentato al Tribunale e viene trasfuso nel verbale previsto dall'art. 711 cod. proc. civ., pure sottoscritto dai coniugi innanzi al Presidente del Tribunale nel corso dell'udienza, durante la quale, esperito vanamente il tentativo di conciliazione, si dà atto del consenso alla separazione e delle condizioni riguardanti i coniugi stessi e la prole.

La citata norma prevede che la separazione consensuale acquista efficacia con la omologazione del tribunale, che provvede in camera di consiglio su relazione del presidente, acquisito il parere favorevole del pubblico ministero.

La particolarità della situazione ha suggerito di redigere l'atto istitutivo tenendo conto che esso era sì l'espressione di un accordo tra i coniugi, ma era al contempo sottoposto al vaglio dell'autorità giudiziaria per l'omologazione.

Era dunque necessario enunciare chiaramente i presupposti giuridici dei trust interni, così sin dalle premesse si è fatto riferimento alla Convenzione de L'Aja, alle finalità perseguite e alla loro meritevolezza secondo il nostro ordinamento.

La scelta della legge inglese è stata giustificata espressamente in considerazione del fatto che tale normativa ammette la possibilità di vincolare beni in trust mediante dichiarazione unilaterale del disponente, senza che ciò sia seguito da trasferimento dei beni a un terzo, cosicché il disponente assuma egli stesso la qualifica di trustee.

La finalità espressamente dichiarata è quella di soddisfare le esigenze abitative della figlia del disponente e di trasferirle un immobile in piena proprietà al termine del trust: finalità non certo contraria ai principi sanciti dal nostro ordinamento e pertanto legittima, perché destinata a soddisfare interessi meritevoli di tutela.

Il bene vincolato nel trust è l'unità immobiliare già di proprietà esclusiva del padre-marito, bene che rimarrà segregato nel trust anche quando verrà trasformato, permutato, sostituito, incrementato o surrogato: in altri termini il vincolo di segregazione verrà mantenuto anche nel caso di vendita dell'unità immobiliare e di acquisto di altra idonea abitazione per la figlia.

La durata del trust è stata fissata con decorrenza dalla omologazione delle condizioni della separazione consensuale fino al momento in cui la figlia compirà 30 anni⁽⁴⁾.

Si è anche previsto che il trust cesserà di essere efficace nell'ipotesi in cui, sopraggiunto il trentesimo compleanno della figlia, questa non sia in vita. In tal caso il bene in trust ritornerà al disponente ovvero ai suoi eredi.

Per rendere ancor più evidente la volontà di mantenere il bene segregato per poterlo infine assegnare alla figlia a tempo debito, si è previsto che in caso di morte del trustee (padre disponente), di dimissioni o sopravvenuta incapacità, sia la madre ad assumere la funzione: ella diverrà trustee, perciò il bene non si confonderà con altri beni della stessa, non sarà su-

Note:

(3) Cfr. Cass., 2 aprile 2003, n. 5067, Famiglia e dir., 2003, 488 e Cass., 15 settembre 2004, n. 18574, Guida al dir., 2004, n. 40, 67.

(4) Nella prima ipotesi proposta al cliente, il termine finale di durata del trust era diverso: il compimento del 25° anno di età, purché la figlia avesse conseguito la laurea, ovvero il raggiungimento del 30° anno.

scettibile di aggressione da parte dei creditori di lei e non entrerà nel suo asse ereditario.

§ 4. La trascrizione.

L'atto di trust in questione è privo di effetti traslativi, trattandosi di trust auto-dichiarato. Per procedere alla trascrizione, si sono affrontate due questioni preliminari: la idoneità del verbale di separazione quale titolo per la trascrizione nei registri immobiliari e la trascrivibilità in sé del vincolo che nasce dall'atto istitutivo del trust.

Sul primo punto, la Cassazione ha affermato che l'accordo di separazione, in quanto inserito nel verbale di udienza, assume forma di atto pubblico ai sensi e per gli effetti dell'art. 2699 cod. civ. e, nel caso implichi il trasferimento di diritti reali, costituisce, dopo l'omologazione che lo rende efficace, titolo per la trascrizione a norma dell'art. 2657 cod. civ.(5).

La prima questione è stata perciò superata e il verbale di separazione è stato descritto nel quadro "A" della nota come "Atto giudiziario" e il Pubblico Ufficiale è stato identificato nel Tribunale di Milano, con il relativo codice fiscale.

In ordine alla seconda questione, in assenza di un'espressa norma, si è fatto riferimento alla giurisprudenza, alla dottrina e alla prassi, giacché nessuna specifica norma prevede espressamente la trascrivibilità degli atti istitutivi di trust.

È di poche settimane fa la notizia dell'approvazione del disegno di legge prevedente l'introduzione, nel libro VI del codice civile, al titolo I, nell'ambito della disciplina della trascrizione, di un nuovo articolo 2645 *ter*, prevedente la "Trascrizione di atti di destinazione"(6): la norma amplia la categoria e prevede la trascrivibilità degli atti, risultanti da atto pubblico, con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 1322, II comma cod. civ., al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione.

Una volta che fosse definitivamente approvata, questa norma certamente risolverà ogni perplessità in merito all'ammissibilità del trust nell'ordinamento giuridico italiano; nel frattempo, ci si affida ai precedenti giurisprudenziali che, sinora, sono stati prevalentemente(7) positivi, essendosi i giudici pronunciati a favore della trascrivibilità del trust auto-di-

chiarato, facendo riferimento all'affinità strutturale del trust e del fondo patrimoniale e all'esistenza di una norma, l'art. 12 della Convenzione, considerata norma materiale, che giustifica la trascrizione dell'atto di trust.

Già nel 2001, il Tribunale di Pisa(8), ordinando al Conservatore la trascrizione di un trust auto-dichiarato, aveva avuto modo di affermare che "la fattispecie sostanziale del fondo patrimoniale, con la segregazione di alcuni beni e la successiva possibilità di aggiungerne altri in un vincolo di destinazione, senza necessità di trasferimento, è estremamente affine a quella del trust".

L'affinità tra fondo patrimoniale e trust è stata evidenziata anche in altre occasioni in cui i giudici di merito sono intervenuti ordinando la trascrizione in analogia alla previsione di cui all'art. 2747 cod. civ.(9).

In particolare, il Tribunale di Verona(10) ha individuato la possibilità di procedere alla trascrizione sia nell'art. 12 della Convenzione, sia nel rilievo che il principio della tassatività degli atti trascrivibili è stato da tempo abbandonato e, conseguentemente, nulla osta alla piena trascrivibilità. Il Tribunale scaligero ha infine osservato che, qualora l'art. 12 della Convenzione non dovesse essere ritenuto sufficiente ad ammettere la possibilità di procedere alla trascrizione, si sarebbe in presenza di una lacuna dell'ordinamento giuridico, colmabile solo attraverso il ricorso all'applicazione analogica dell'art. 2647 cod. civ.

L'art. 12 citato, infatti, attribuisce al trustee la facoltà di far ricorso a forme di pubblicità previste nei diversi ordinamenti per *rivelare l'esistenza del trust*: in altri termini, il trust può essere oggetto di pubblicità avente la funzione di "rivelare" la sua esistenza, ossia

Note:

(5) Cass., 15 maggio 1997, n. 4306, Giust. civ. Mass., 1997, 757.

(6) Art. 34 disegno di legge "sviluppo", approvato dalla Camera dei Deputati il 5 luglio 2005 e trasmesso al Senato.

(7) Si segnalano due sole pronunce in senso contrario: Trib. Napoli, 1° ottobre 2003, in questa Rivista, 2004, 74 e Corte d'App. Napoli, 27 maggio 2004, *ivi*, 570.

(8) Trib. Pisa, 22 dicembre 2001, in questa Rivista, 2002, 241.

(9) Trib. Parma, 21 ottobre 2003, in questa Rivista, 2004, 73; Trib. Milano, 8-29 ottobre 2002, in questa Rivista, 2003, 270; Trib. Bologna, 18 aprile 2000, in questa Rivista, 2000, 372.

(10) Trib. Verona, 8 gennaio 2003, in questa Rivista, 2003, 409.

Prassi negoziale

di renderlo riconoscibile (pubblicità notizia) e opponibile (pubblicità dichiarativa).

Nel caso di trust auto-dichiarato, la trascrizione serve per dare efficacia reale al vincolo, ossia per evidenziare la particolare posizione in cui si trovano i beni in trust nel patrimonio del trustee, per rendere opponibile la “segregazione” e quindi evidenziare ai terzi quella linea immaginaria che separa i beni in trust dal patrimonio del trustee, segregazione che è l’effetto del riconoscimento del trust, così come stabilito nell’art. 11 della Convenzione.

L’atto in questione è stato trascritto come “Atto tra vivi”, utilizzando il codice 100, avendo cura di descriverlo come “verbale di separazione costituzione di trust”.

La nota di trascrizione è stata compilata con le stesse modalità utilizzate per il fondo patrimoniale: il disponente è indicato come soggetto “contro” ed il medesimo disponente, quale trustee del trust, è indicato come soggetto “a favore”.

Nel quadro “D” si è trascritto l’intero atto istitutivo del trust.

In tal modo, i terzi, procedendo alla visura presso la Conservatoria a nome del disponente proprietario, hanno l’immediata percezione dell’esistenza del vincolo e, prendendo visione dell’intera nota di trascrizione, chiunque potrà conoscere il contenuto del vincolo stesso, giacché nel quadro “D” sono appunto trascritte le clausole dell’atto istitutivo del trust.

§ 5. Conclusioni.

Nel momento di crisi della coppia, il trust si rivela uno strumento efficace, idoneo a garantire la miglior tutela degli interessi dei coniugi e soprattutto dei fi-

gli perché, attraverso l’effetto segregativo proprio del trust, separa dal patrimonio del coniuge obbligato un determinato bene o determinate risorse, garantendo ai soggetti beneficiati l’adempimento delle obbligazioni assunte e, contemporaneamente, evita che le risorse segregate nel trust possano essere aggredite dai creditori.

Il decreto di omologa del Tribunale di Milano conferma la possibilità di far ricorso a questo strumento e la validità dello stesso non solo per l’adempimento di obbligazioni assunte da uno dei coniugi nei confronti dell’altro, ma anche come strumento di tutela della prole.

La caratteristica del trust, l’essenza stessa dello strumento – la segregazione – è la miglior garanzia del distacco, della separazione di determinate risorse economiche, giacché per un verso il disponente non ne avrà più la disponibilità (anche se potrà conservarne la titolarità), ma nel contempo neppure l’altro coniuge può discrezionalmente disporre perché tali risorse sono destinate a beneficio del nucleo familiare “residuo”, sino a che i soggetti c. d. deboli non saranno più tali. Il che potrà avvenire in un’epoca futura e certa, come, ad esempio, per i figli, con la conclusione del ciclo di studi e il raggiungimento dell’autonomia economica; ma potrà anche durare per tutta la vita di tali soggetti, perché il loro bisogno perdurerà per tutta la loro vita, come, ad esempio, per il coniuge senza sostanze, impossibilitato a procurarsi un reddito o per i figli diversamente abili.

In ogni caso, solo il trust, per la sua duttilità e per l’estrema versatilità, potrà essere lo strumento idoneo a contemperare le diverse esigenze di tutela che sorgono nel momento in cui si sgretola la compagine familiare.

I trust in diritto scozzese

di Maurizio Lupoi

Gli ordinamenti giuridici detti «misti», come quelli della Scozia o del Sud Africa, sono usualmente caratterizzati dalla coesistenza di elementi tratti dalla rispettive tradizioni del diritto civile e della *common law* oltre che, eventualmente, da tradizioni autoctone; con la conseguenza, fra l'altro, di presentare allo studioso la difficoltà di valutare il peso di queste tradizioni e di prevederne l'evoluzione. Le diverse tradizioni corrispondono sovente a diversità etniche o politiche e quindi è impossibile trattarne in un contesto esclusivamente giuridico.

In Scozia la tradizione civilistica corrisponde al periodo anteriore all'unione con il regno d'Inghilterra (1707), quando i giovani giuristi andavano a studiare in Olanda, in Francia o in Italia e tornavano ripieni degli insegnamenti dei dottori del *ius commune*; corrisponde, però, anche al periodo feudale, egualmente tributario dello sviluppo nel continente europeo, che offriva una vastità di soluzioni largamente eccedenti la rigidità del feudalesimo anglo-normanno. Sono questi due filoni, diritto civile e diritto feudale, che fecero venire in esistenza un ordinamento giuridico scozzese appartenente al medesimo ambiente culturale che nel Cinquecento e nel Seicento informava gli ordinamenti giuridici sul continente europeo e che, quindi, nettamente lo distingueva dall'ordinamento inglese.

Gli Inglesi non hanno mai imposto il proprio diritto fuori dai propri confini e non lo imposero neanche in Scozia dopo l'Unione. Pur nell'unità politico-costituzionale, gli organi giurisdizionali rimasero e sono tuttora distinti: in comune è solo il giudice di ultima istanza, la House of Lords (ma in una composizione diversa da quella ordinaria). Istituti giuridici inglesi tuttavia trasmigrarono o si innestarono su apparentemente simili istituti scozzesi, ma ancora oggi residuano distinzioni di grande momento, fra le quali la mancanza nell'ordinamento giuridico scozzese di un giudice di Equity e, quindi, di un corpo di norme di origine giudiziale parificabile all'Equity inglese.

Che i trust abbiano potuto attecchire sul suolo scozzese in mancanza dell'Equity è l'ennesima riprova di quanto la dottrina comparatistica afferma da qualche tempo: sebbene i trust in Inghilterra siano

nati dall'Equity, essi possono benissimo vivere altrove senza di essa (questo punto, per quanto riguarda il diritto scozzese, è stato argomentato dal professor George L. Gretton).

Ciò che vizia il dibattito su questi temi è la perdurante ignoranza circa il substrato giuridico originario dei trust in diritto inglese e la perdurante ricerca di una sola origine quando con ogni probabilità le origini furono numerose e non necessariamente compatibili una con l'altra. Quali conseguenze trarre, per esempio, dalle indicazioni che fornisce Stair al termine del Seicento circa la consegna di beni che non sia sicuro tenere presso di sé (la medesima fattispecie descritta da Boezio e da una lunga tradizione altomedievale, oltre che dalle Istituzioni di Gaio allora non conosciute) oppure circa il giuramento e la prova del vincolo fiduciario (corrispondenti a prescrizioni del Codex e alla prassi giudiziaria continentale)? Per altro verso, negozi connessi al diritto feudale - e, dunque, ad un ambiente giuridico affatto diverso da quello appena richiamato - vengono attratti dalle strutture dei trust e, come nel caso del fedecommesso familiare, sfuggono alle censure che nel continente europeo conducono rapidamente, come in Francia, a strette limitazioni e poi, con la Rivoluzione, alla diretta soppressione che in Scozia si è verificata solo cinque anni fa (nuovi fedecommissi di questo genere furono proibiti nel 1914, ma mantennero vigore quelli esistenti).

Storia complessa e non conosciuta, della quale il libro di questo giovane autore polacco⁽¹⁾ giudiziosamente tratta in maniera concisa per dedicare il cuore del lavoro al diritto scozzese vigente, sulla base della legislazione, della giurisprudenza e della dottrina moderne, dopo avere sommariamente illustrato le principali tipologie di trust rinvenibili in Scozia in ambito familiare come in ambito commerciale e finanziario.

.....
Note:

Maurizio Lupoi è professore ordinario dell'Università di Genova.

(1) A. Stępkowski, *L'institution du trust dans le système mixte du droit privé écossais*, trad. di A. Szklanna, Liber: Varsavia, 2005 (198 pp., ISBN 83-7206-110-6).

L e t t u r e

L'esposizione del diritto scozzese dei trust è accurata e completa, ma soprattutto pone nel giusto rilievo le tante particolarità del diritto scozzese, rispetto al diritto inglese, che la letteratura divulgativa tende a ignorare. È probabile che la visione scozzese dei trust - o, più precisamente, di talune tipologie di trust - sconti un primitivo legame con la *fiducia* assai più stretto di quanto emergeva nel medesimo periodo storico in Inghilterra; qui la «affiance» e la «confidenza» erano state evidenti nelle fonti del Quattrocento (un secolo pressoché privo di documentazione riguardante la Scozia), invece in Scozia ne fa un caposaldo Stair due secoli dopo e così porta in primo piano, mentre in Inghilterra si afferma già il tecnicismo delle regole di Equity, un fondamento etico che, come lo stesso Stair perfettamente sapeva, era il medesimo dei primi *fideicommissa* della storia del diritto romano (circa un secolo dopo Lord Bankton parlerà in Scozia dei trust la cui esecuzione è commessa interamente alla coscienza del fiduciario: lo stesso linguaggio delle coeve fonti continentali).

Pur non essendo questo il terreno di elezione del libro, i capitoli dedicati al diritto vigente non dimenticano mai l'inquadramento concettuale dei fenomeni trattati (si vedano, per esempio, le considerazioni sul *radical right* a pp. 153-156) e, di necessità, la comparazione con il diritto inglese, che può essere considerata uno fra i motivi ricorrenti del lavoro; ap-

paiono così la crescente influenza della giurisprudenza inglese, ma anche i numerosi terreni sui quali il diritto scozzese appare ancora arroccato nella difesa della propria specificità. Come è noto, le leggi del Parlamento di Westminster non si applicano automaticamente alla Scozia e infatti il diritto scozzese dei trust, per quanto riguarda la fonte legislativa, è interamente rimesso a strumenti normativi specifici e ora rientra nella competenza nel nuovo Parlamento di Edimburgo.

Nel passare in rassegna il panorama del diritto scozzese, l'autore, premessi tre capitoli storico-ricostitutivi, tratta il momento della istituzione del trust fra vivi (fra le particolarità scozzesi è anche il linguaggio tecnico: il disponente è denominato «trustee»), la posizione del trustee sotto i profili dei poteri amministrativi e gestionali e della sua responsabilità, la modificazione e il termine del trust. Segue un capitolo dedicato principalmente ai *constructive trust*, che in Scozia non hanno trovato generale accoglimento anche per l'esistenza dell'azione di arricchimento senza causa (sconosciuta al diritto inglese) e il libro si conclude con i trust di pubblico interesse.

Questo libro merita di essere segnalato a chiunque desideri ampliare le proprie conoscenze in materia di trust o per ragioni professionali o per vedere all'opera uno fra i più interessanti laboratori di coesistenza fra *civil law* e *common law*.