

## SAGGI

La giurisprudenza recente sui trust interni di <b>Giovanni Fanticini</b>	5
Trust Law Development in the United States and Current Trends di <b>Barbara R. Hauser</b>	13
The Reporting of Lawyers Under English Law di <b>Clare Maurice – Jason Mansell</b>	27
Autonomia privata, “fondo fiduciario” e diverse tipologie di trust nella separazione e nel divorzio – I parte di <b>Tommaso Arrigo</b>	36
Trust e fondi comuni d’investimento nella cartolarizzazione del patrimonio immobiliare pubblico di <b>Saverio Bartoli</b>	47
Applicazione della legge straniera per la modifica delle clausole di un trust interno in favore di interdetto di <b>Gabriella La Torre – Alessandra Fusi</b>	58
Inefficacia di un trust a danno dei creditori di <b>Arianna Neri</b>	62
Ammissibilità dei trust e applicazioni pratiche nell’ordinamento italiano: profili fiscali – I parte di <b>Luigi Belluzzo</b>	71
Nuove norme in materia di condominio e applicazione del trust di <b>Annapaola Tonelli</b>	78

## GIURISPRUDENZA

Il creditore del disponente non può pignorare i beni che questi abbia vincolato in un trust Italia, Tribunale di Brescia, Sezione Terza Civile, sentenza 12 ottobre 2004, E. Soldini c. M. Peli	83
Il Giudice Tutelare autorizza la modificazione del trust in favore di un interdetto Italia, Tribunale di Firenze, Giudice Tutelare, decreto 7 luglio 2004, A.	85
Applicazione della legge inglese e sostituzione dei trustee Italia, Corte d’Appello di Milano, sentenza 20 luglio 2004, LR c. IF	87
<i>Breach of trust</i> , danno emergente e lucro cessante: l’entità del risarcimento dovuto dal trustee New York, Supreme Court, Appellate Division, Fourth Department, sentenza 2 ottobre 2003, Scalp & Blade, Inc., and Scalp & Blade Scholarship Association v Advest, Inc., and Robert J. Franger	90

## S o m m a r i o

Modifica dell'atto istitutivo di trust nell'interesse del beneficiario minorenne Inghilterra e Galles, High Court of Justice (Chancery Division), sentenza 7 maggio 2004, In the matter of the trusts of two insurance policies CD (a minor) v O	96
Interpretazione delle clausole dell'atto istitutivo di trust e determinazione dei poteri dei trustee Jersey, Royal Court (Samedi Division), sentenza 16 marzo 2004, In the matter of the George Richard Pinto Voluntary Settlement, Kleinwort Benson (Jersey) Trustees Ltd and Kleinwort Benson International Trustees Ltd v George Richard Pinto and others	99
Richiesta di informazioni al trustee, omessa risposta, rimborso delle spese legali sostenute dai beneficiari Jersey, Royal Court (Samedi Division), sentenza 30 marzo 2004, Jocelyn Enid James v Joseph Frederick Newington, Francis Patrick Mark James, Patricia Frances Vivien Fisher, Stephen Dominic James	102
<b>Giurisprudenza storica</b>	
Trust, donazione indiretta, violazione della quota di riserva Francia, Corte di Cassazione, sentenza 20 febbraio 1996, Cts Zieseniss	104
Massimario dell'anno 2004	106
<b>LEGISLAZIONE</b>	
Isole Vergini Britanniche. Trustee Act – I parte	112
Isole Vergini Britanniche. Una nuova figura di trust di partecipazioni societarie	127
<b>PRASSI NEGOZIALE</b>	
Trust in <i>God</i> di Marco G. Bonalanza	133
Trust per il mantenimento di animali di Franco Sozzi	135
Trust auto-dichiarato con riserva del diritto di abitazione di Grazia Prevete	138
Trust auto-dichiarato con riserva del diritto di abitazione	140
<b>LETTURE</b>	
Bibliografia degli scritti italiani sui trust	148

# La giurisprudenza recente sui trust interni

di Giovanni Fanticini

Si può affermare che il trust è stato preso in considerazione dalla giurisprudenza prevalentemente sotto il profilo della sua ammissibilità nell'ordinamento italiano e della sua presunta contrarietà ai principî generali interni (mi riferisco al cosiddetto *numerus clausus* dei diritti reali, all'unitarietà della garanzia patrimoniale ex art. 2740 cod. civ., all'asserita tipicità degli atti trascrivibili nei pubblici registri e alla nota questione interpretativa riguardante l'art. 13 della Convenzione de L'Aja e i trust "interni"): sono pochissime, difatti, le pronunce che riguardano il trust sotto l'aspetto "pratico" della sua operatività.

Proprio per questa ragione faccio riferimento al trust e non ai trust (al plurale): sono consapevole del fatto che la dottrina più attenta all'istituto non apprezza che si parli del trust al singolare perché ciò esclude la sua natura polimorfica, ma, del resto, la stessa Convenzione de L'Aja individua un trust "amorfo" (o *shapeless*, secondo una fortunata definizione dottrinale) e, in definitiva, dovendosi parlare dell'ammissibilità di tutti i tipi di trust, l'uso del singolare diviene inevitabile.

Il percorso del trust in Italia prende le mosse da una pronuncia della Cassazione di Roma, 21 febbraio 1899(1): è la prima occasione in cui l'istituto fa ingresso nel panorama giuridico italiano (si trattava della delibazione di un trust istituito da uno straniero su beni ubicati in Sardegna e possiamo considerarlo, con una distinzione in uso, un trust "estero").

Tra le pronunce "storiche" non possono dimenticarsi quelle emesse dal Tribunale di Oristano, il 15 marzo 1956(2) e dal Tribunale di Casale Monferrato, il 13 aprile 1984(3).

La prima sentenza che affronta il trust in un nuovo scenario normativo (dopo l'approvazione della Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985, resa esecutiva in Italia con la L. 16 ottobre 1989, n. 364 e vigente dal 1° gennaio 1992) è quella del Tribunale di Lucca del 23 settembre 1997(4) (poi confermata dalla Corte d'Appello di Firenze del 9 agosto 2001(5)). La pronuncia contiene un punto fermo: il trust non solo è ammissibile nell'ordinamento interno, ma, in forza degli artt. 11 e seguenti della Convenzione, deve essere riconosciuto se conforme alla legge regola-

trice straniera, dalla quale discendono la sua validità, la sua interpretazione ed anche i suoi effetti.

Il Tribunale scioglie ogni dubbio sulla distinzione tra il trust *mortis causa* e il fedecommesso (nullo, secondo il disposto dell'art. 692 cod. civ.): col trust, difatti, non si ha una sostituzione *de residuo* (ovvero una doppia istituzione di erede con indicazione dell'*ordo successionis*), bensì una vera e propria acquisizione del patrimonio del *de cuius* da parte del trustee (seppure col vincolo di destinazione caratteristico dell'istituto e con l'effetto segregativo che gli è proprio).

Il Collegio si spinge anche oltre: il legittimario non avrebbe dovuto sostenere la nullità del testamento perché incentrato sul trust, ma, più semplicemente, avrebbe potuto (e dovuto) agire per la riduzione delle disposizioni testamentarie lesive della quota secondo le norme interne, ritenute imperative, sulla successione necessaria.

Si tratta di un *obiter dictum* importante che contiene, *in nuce*, quanto poi realizzato nel giudizio sottoposto al vaglio del Tribunale di Bologna e conclusosi con la sentenza del 1° ottobre 2003(6): il riconoscimento dell'istituto non preclude la possibilità di sventare eventuali abusi o tentativi di eludere, tramite i trust, le disposizioni imperative interne (come quelle sulla successione necessaria, ma anche quelle sulla comunione legale tra i coniugi).

## Note:

Giovanni Fanticini è giudice del Tribunale di Reggio Emilia. Il testo riproduce la relazione, con modificazioni, presentata al Convegno "Il trust nei procedimenti, giudiziari e non, di separazione e di divorzio", organizzato dall'Associazione "Il trust in Italia" e da "Galvani Fiduciaria - Società di Amministrazione Fiduciaria e Trust", svoltosi a Bologna il 22 ottobre 2004.

(1) Cass. Roma, 21 febbraio 1899, in questa Rivista, 2003, 454.

(2) Trib. Oristano, 15 marzo 1956, in questa Rivista, 2003, 294.

(3) Trib. Casale Monferrato, 13 aprile 1984, in questa Rivista, 2003, 93.

(4) Trib. Lucca, 23 settembre 1997, Foro it., 1998, I, 2007.

(5) Corte d'App. Firenze, 9 agosto 2001, in questa Rivista, 2002, 244.

(6) Trib. Bologna, 1° ottobre 2003, in questa Rivista, 2004, 67, pronunciata dal Giudice A. M. Drudi con la collaborazione del Dott. G. Fanticini [n.d.r.].

## Saggi

Sulla figura del trustee, e in particolare sulla sua natura di titolare dei beni conferiti nel trust (patrimonio separato da quello del trustee stesso), ci sono svariate pronunce.

Una è l'ordinanza del Pretore di Roma del 13 aprile 1999(7) (poi capovolta dall'ordinanza resa nel giudizio di reclamo dal Tribunale di Roma il 2 luglio 1999(8)) nella quale si legge che il trustee è legittimato, nella sua qualità di possessore o comunque di detentore qualificato, ad esercitare l'azione possessoria per il recupero di certificati azionari.

Una recentissima pronuncia del Tribunale di Brescia(9) coglie l'aspetto essenziale del trust: il bene conferito in trust non fa più parte del patrimonio del disponente (il quale perde ogni diritto su questo) ed entra nel patrimonio del trustee (seppure col vincolo di destinazione impresso dallo stesso disponente). La causa riguardava l'accertamento dell'obbligo del terzo pignorato (art. 548 cod. proc. civ.) che, nel caso, era un trustee al quale erano stati trasferiti dal disponente-debitore, con atto avente data certa anteriore al pignoramento ex art. 543 cod. proc. civ., dei beni mobili destinati a beneficiare una ONLUS: il Giudice, superate le questioni riguardanti l'ammissibilità dell'istituto nell'ordinamento interno, ha respinto le istanze del creditore pignorante affermando che i beni conferiti nel trust "sono segregati, non appartengono né al settlor né al trustee e pertanto sono sottratti e inattaccabili dai rispettivi creditori".

Numerose altre decisioni riguardano i rifiuti o le riserve espressi dai Conservatori dei Registri Immobiliari riguardo alla trascrizione di atti (non elencati nel codice civile) di trasferimento dal disponente al trustee o di acquisto effettuati dal trustee nella sua qualità.

Mi riferisco, in particolare, ai decreti del Tribunale di Chieti e di Bologna, rispettivamente del marzo(10) e aprile 2000(11): con quest'ultimo provvedimento, partendo dal presupposto che "il trustee è l'unico titolare dei beni e dei conseguenti poteri di gestione e disposizione propri del diritto di proprietà, sia pure qualificati", il Collegio ha ritenuto che, al di là del disposto dell'art. 12 della Convenzione de L'Aja, dallo stesso riconoscimento *ex lege* dell'istituto non possa che discendere l'obbligo di consentire la trascrizione dell'acquisto a favore del trustee, perché, in assenza di trascrizione, l'effetto segregativo (che è l'essenza del trust) risulterebbe inopponibile ai terzi.

In altri termini, se il vincolo che consente di istituire un patrimonio separato rispetto a quello del trustee

non godesse di pubblicità e non potesse quindi essere opposto, che significato potrebbe darsi alla ratifica di una Convenzione internazionale che prevede, al suo art. 11, quale effetto minimo del riconoscimento(12), proprio la distinzione dei beni in trust da quelli del trustee?

Sulla questione della trascrivibilità nei Registri Immobiliari sono intervenuti, ordinando la trascrizione, anche i decreti dei Tribunali di Parma, del 21 ottobre 2003(13), di Pisa, del 22 dicembre 2001(14), di Milano, del 29 ottobre 2002(15) e di Verona, dell'8 gennaio 2003(16): si tratta di provvedimenti con pregevoli motivazioni, nei quali si discute della questione (sulla quale tornerò in seguito) dei cosiddetti trust "interni" (quei trust il cui "centro di gravità" non presenta elementi di estraneità rispetto all'ordinamento italiano) e anche di quella riguardante i trust auto-dichiarati, nei quali il disponente e il trustee coincidono.

Recentissima è la decisione del Tribunale di Trento – Sezione distaccata di Cavalese, del 20 luglio 2004(17): il decreto è particolarmente importante non solo perché esplicitamente ribadisce che il trust "ha acquisito un diritto di cittadinanza nel nostro ordinamento", ma soprattutto perché ordina l'annotazione della istituzione in trust e dell'atto istitutivo di trust (il quale contiene la disciplina dalla quale deriva l'effetto segregativo) secondo la legge tavolare (alcuni autori avevano avanzato dubbi – evidentemente

## Note:

(7) Pret. Roma, 13 aprile 1999, in questa Rivista, 2000, 83.

(8) Trib. Roma, 2 luglio 1999, in questa Rivista, 2000, 85.

(9) Trib. Brescia, 12 ottobre 2004, *infra*, 83.

(10) Trib. Chieti, 10 marzo 2000, in questa Rivista, 2000, 372.

(11) Trib. Bologna, 18 aprile 2000, in questa Rivista, 2000, 372.

(12) La successiva sentenza del Tribunale di Bologna individua in questa disposizione una norma di diritto sostanziale e uniforme (a fronte della natura di convenzione di diritto internazionale privato pacificamente attribuita alla Convenzione de L'Aja).

(13) Trib. Parma, 21 ottobre 2003, in questa Rivista, 2004, 73.

(14) Trib. Pisa, 22 dicembre 2001, in questa Rivista, 2002, 241.

(15) Trib. Milano, 8 ottobre 2002 (depositato in Cancelleria il 29 ottobre 2002), in questa Rivista, 2003, 270.

(16) Trib. Verona, 8 gennaio 2003, in questa Rivista, 2003, 409.

(17) Trib. Trento – Sez. dist. Cavalese, 20 luglio 2004, in questa Rivista, 2004, 573.

te superati dalla pronuncia – sulla compatibilità del trust con tale forma di pubblicità).

I Tribunali che ho citato hanno generalmente ammesso anche la trascrivibilità del trust auto-dichiarato, assimilandolo al fondo patrimoniale, pacificamente trascrivibile ex art. 2647 cod. civ.

Sul punto c'è una decisione contraria del Tribunale di Napoli del 1° ottobre 2003(18), che ha rigettato il reclamo avverso la riserva sostenendo l'estraneità del trust auto-dichiarato alla Convenzione de L'Aja, la sua contrarietà all'art. 2740 cod. civ. e, infine, la non meritevolezza degli interessi sottesi ad un istituto "atipico", quando ai medesimi interessi può rispondere la costituzione di un fondo patrimoniale.

Personalmente (e salvo quanto dirò tra poco), dissento e ritengo che, qualora la legge prescelta consenta la figura del trust auto-dichiarato, non vi siano ostacoli al suo riconoscimento (l'art. 11 della Convenzione non fa eccezioni sotto questo profilo e – in linea di principio – non se ne possono trovare negli artt. 13, 15, 16 e 18; si tratterà, semmai, di applicare le norme della legge straniera per sventare gli abusi o di intervenire con la "disapplicazione" nel caso concreto, proprio secondo le previsioni della Convenzione).

Lo stesso art. 2 (pure richiamato nella pronuncia), all'ultimo comma, non esclude in linea di principio una coincidenza tra due soggetti del trust (ovviamente, bisognerà guardare se e come ciò sia consentito dalla legge regolatrice).

Sulla non necessarietà del trust "istituto atipico", penso innanzitutto che l'istituto non sia affatto atipico, stante il riconoscimento effettuato con la L. 16 ottobre 1989, n. 364 (tra l'altro, essendo la meritevolezza degli interessi tutelati riconosciuta *ex lege*, non occorre nemmeno richiamare l'art. 1322 cod. civ.).

Il fondo patrimoniale, poi, presenta rilevanti diversità rispetto al trust auto-dichiarato e, ragionando come il Tribunale di Napoli, si potrebbe arrivare a sostenere che il contratto autonomo di garanzia non ha ragion d'essere perché c'è la fideiussione o che il *leasing* è inutile perché sono previsti dal codice la locazione e l'affitto, e via dicendo.

Il decreto è stato confermato dalla Corte d'Appello di Napoli con la decisione depositata il 27 maggio 2004(19), in parte ribadendo le motivazioni esposte in primo grado e in parte equivocando sull'istituto: la Corte sostiene che non avrebbe effetto alcuno la trascrizione del trust in analogia con quella del fondo patrimoniale, dato che la pubblicità di quest'ultimo deriva dall'annotazione a margine dell'atto

di matrimonio; aggiunge che gli atti trascrivibili sono tipici per volontà del legislatore (viene da chiedersi se sia lo stesso legislatore che ha ratificato l'art. 12 della Convenzione de L'Aja!) e che non possono trascriversi i diritti dei beneficiari sui frutti dei beni conferiti nel trust (probabilmente indotta in errore dagli appellanti, la Corte prende in considerazione i diritti dei beneficiari, i quali, però, sono estranei alla vicenda della trascrizione, che riguarda esclusivamente il trustee e la pubblicità della sua qualità).

Leggendo la conclusione della pronuncia, mi domando se sia possibile in Italia (o quantomeno a Napoli) la trascrizione di un trust auto-dichiarato "straniero": stando alla Corte d'Appello di Napoli, sembrerebbe di no, ma così concludendo (e cioè impedendo la trascrizione) l'Italia si sottrarrebbe agli obblighi derivanti dalla Convenzione, indipendentemente da ogni disputa sui trust interni.

Parimenti interessanti sono i decreti del Tribunale di Genova del 24 marzo 1997(20) e di quello di Bologna del 16 giugno 2003(21), favorevoli a trascrizioni nel Registro delle Imprese; di segno opposto è il decreto del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere del 17 luglio 1999(22), che esclude la trascrivibilità di un trust cosiddetto "domestico" ritenendo che lo stesso "potrebbe rappresentare un abuso della regola normativa che permette la scelta della legge applicabile" e, di conseguenza, portare all'elusione di norme imperative come l'art. 2740 cod. civ.

Tra le pronunce più significative, si deve annoverare il decreto del Tribunale di Belluno del 25 settembre 2002(23), che spicca per la sua articolata motivazione: si trattava di un reclamo nei confronti del diniego di intavolazione opposto dal Giudice Tavolare di Cortina d'Ampezzo nei confronti di un atto di attribuzione di proprietà immobiliari ad un soggetto nella sua qualità di trustee.

Si trattava del conferimento di beni in un trust "interno" precedentemente istituito.

Note:

(18) Trib. Napoli, 1° ottobre 2003, in questa Rivista, 2004, 74.

(19) Corte d'App. Napoli, 27 maggio 2004, in questa Rivista, 2004, 570.

(20) Trib. Genova, 24 marzo 1997, Giur. comm., 1998, II, 759.

(21) Trib. Bologna, 16 giugno 2003, in questa Rivista, 2003, 580.

(22) Trib. Santa Maria Capua Vetere, 14 luglio 1999, in questa Rivista, 2000, 251.

(23) Trib. Belluno, 25 settembre 2002, in questa Rivista, 2003, 255.

## Saggi

Sempre “per *flash*”, queste sono le motivazioni che hanno sorretto la decisione di rigetto del reclamo:

- secondo quanto dispone l'art. 4 della Convenzione, il trasferimento dei beni in trust è comunque disciplinato dalla legge individuata secondo le ordinarie norme di conflitto e non dalla legge del trust (che, nel caso, in assenza di elementi di estraneità, era la legge italiana);

- il Tribunale veneto ha ritenuto che l'atto di cui si richiedeva l'intervolazione si presentasse come una dichiarazione unilaterale diretta a produrre effetti traslativi; in altri termini, poiché la causa dell'attribuzione patrimoniale era esterna al negozio traslativo, l'atto doveva considerarsi come un negozio astratto di trasferimento e, come tale, nullo per difetto di causa;

- il Collegio prosegue sostenendo l'assoluta irricognoscibilità di trust che non presentino elementi di estraneità rispetto all'ordinamento interno (al di fuori della legge regolatrice): si interpreta l'art. 13 come un divieto all'uso dell'istituto da parte dei cittadini di uno Stato “non trust” in assenza di collegamenti sostanziali con un ordinamento che preveda tale istituto;

- alle obiezioni dei reclamanti sulle disparità che conseguirebbero ad un'interpretazione siffatta (i cittadini italiani sarebbero privati di uno strumento utilizzabile in Italia dagli stranieri), il Tribunale ha replicato che la disparità appare giustificata e ragionevole, stante la diversità delle situazioni.

La decisione è molto ben motivata (non c'è paragone con le motivazioni che solitamente sorreggono i provvedimenti di volontaria giurisdizione) e l'estensore del provvedimento ha certamente individuato i “punti deboli” della dottrina “trustista”, anche se – ritengo – le obiezioni formulate non appaiono insuperabili.

Come ho già detto, quella del Tribunale di Belluno è una pronuncia in controtendenza, che la parte attrice, nel caso sottoposto all'attenzione del Tribunale di Bologna (conclusosi con la già menzionata sentenza del 1° ottobre 2003), ha più volte richiamato.

Venendo alla pronuncia a cui ho dato il mio contributo<sup>(24)</sup>, il caso riguardava una controversia tra due coniugi, uno dei quali aveva istituito un trust conferendovi le proprie quote di proprietà su alcuni cespiti immobiliari in comunione legale; come si evince dalla seconda parte della sentenza, non emergevano intenti frodatori del marito-convenuto,

né la parte attrice ha sostenuto che vi fosse uno scopo truffaldino (semmai, una diversa interpretazione sul momento in cui la comunione legale viene a cessare).

La prima doglianza della moglie-attrice era tesa alla declaratoria di invalidità o irricognoscibilità del trust, dalla quale sarebbe derivato, ovviamente, il travolgimento di tutti gli atti dispositivi compiuti dal marito: i motivi allegati (ai quali si è limitata l'indagine del Tribunale) riguardavano la presunta non riconducibilità del trust *de quo* alla Convenzione de L'Aja (perché trust “domestico” privo di elementi di estraneità, disciplinato dalla legge inglese, scelta *ad libitum* dal disponente) e il presunto contrasto degli effetti dell'istituto con le norme imperative ed inderogabili del sistema interno (segnatamente, l'art. 2740 cod. civ.).

Il punto dal quale, discutendo con la Dr.ssa Drudi, siamo partiti, è la Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985, con la conseguente ratifica legislativa (la quale attribuisce l'efficacia di norme di rango primario alle disposizioni convenzionali): il primo criterio interpretativo al quale il giudice deve ricorrere è infatti quello logico-sistematico e abbiamo ritenuto che fosse inevitabile attribuire rilievo alla volontà del legislatore italiano di dare, con la firma della Convenzione, pieno ingresso al trust, istituto che è sì estraneo al nostro ordinamento, ma, proprio per la determinazione legislativa contenuta nella L. 16 ottobre 1989, n. 364, conciliabile col nostro diritto positivo.

È dunque il legislatore, seppure nella generica formulazione dell'art. 2 della Convenzione, a dare al trust “amorfo” (o *shapeless*) una causa tipica e a riconoscere la meritevolezza degli interessi tutelati col trust. Il Tribunale di Bologna nega decisamente che gli atti di conferimento di beni nel trust possano essere intesi come negozi astratti di trasferimento, in quanto la causa si deve rinvenire nel collegato e ormai “tipicizzato” negozio istitutivo di trust.

Peraltro, la Cassazione (con la sentenza n. 10612 del 9 ottobre 1991<sup>(25)</sup>) non esclude la configurabilità di negozi traslativi atipici, purché sorretti da causa lecita ex art. 1322, II comma, cod. civ., e l'estensione di tale norma agli atti unilaterali potrebbe av-

## Note:

(24) Trib. Bologna, 1° ottobre 2003 [*supra*, nota 6].

(25) Cass., 9 ottobre 1991, n. 10612, Giust. civ., 1991, I, 2895.

venire, secondo una corrente dottrinale, in forza dell'art. 1324 cod. civ.

Del resto, nel nostro caso, il trust era stato istituito contestualmente e *uno actu* con il conferimento dei beni e, pertanto, non era nemmeno necessario derivare *ab externo* la causa del trasferimento (occorre dar conto, però, di alcune perplessità – espresse anche da autori favorevoli al trust – sulla validità della disgiunzione tra l'atto istitutivo e l'atto di conferimento).

Si trattava, come detto, di un trust interno sebbene vi fosse qualche elemento di estraneità (il domicilio del disponente e la cittadinanza e residenza di uno dei beneficiari si trovavano nella Repubblica di San Marino): il Tribunale ha impiegato i parametri previsti dall'art. 7 della Convenzione per determinare la legge con cui il trust ha il collegamento più stretto (solo nel caso in cui questa non sia stata individuata dal disponente), per addivenire a questa conclusione.

Secondo il Giudice bolognese (e anche l'uditore del Giudice) la libertà incondizionata di scelta della legge regolatrice attribuita al disponente costituisce il pilastro della Convenzione de L'Aja; difatti, non ha senso affermare che la Convenzione riguarda esclusivamente i trust "stranieri".

L'art. 6 della Convenzione de L'Aja prevede che la scelta della legge regolatrice sia operata dal disponente e, solo nel caso in cui questa non sia stata fatta, è possibile far ricorso alla normativa del paese di più stretto collegamento, secondo l'art. 7.

Il fatto che l'art. 5 preveda l'applicabilità della disciplina convenzionale indipendentemente dal collegamento più stretto<sup>(26)</sup> dimostra che l'opzione del disponente sulla legge regolatrice può prescindere sia dal luogo di amministrazione del trust, sia dall'ubicazione dei beni in trust, sia dalla residenza/domicilio del trustee, sia dal luogo in cui lo scopo del trust deve essere realizzato: essa è, in definitiva, assolutamente libera (e la preferenza per una legge straniera costituisce di per sé un sufficiente "elemento di estraneità" per l'applicazione della Convenzione).

Come già affermato dal prof. Lupoi in uno dei suoi numerosi scritti sulla materia<sup>(27)</sup>, il Tribunale di Bologna statuisce espressamente che "non esiste il trust che, retto da una legge straniera, sia "non abbastanza straniero" per alcun effetto previsto dalla Convenzione".

Dà conferma di questa interpretazione anche l'esame dei lavori preparatori.

In secondo luogo, la *ratio legis* è stata vagliata sot-

to il profilo dell'art. 3 della Costituzione e delle finalità, tutt'altro che recondite, che il legislatore nazionale si era prefisso: se l'Italia ha sottoscritto la Convenzione sul trust (forse "in modo affrettato", come sostiene qualcuno) è, in definitiva, per accrescere la propria capacità di attrarre investimenti dall'estero; tale scopo sarebbe evidentemente frustrato se proprio i cittadini italiani, per potere godere dei benefici dell'istituto, dovessero istituire i propri trust in paesi stranieri (utilizzando, quale elemento di estraneità, la residenza del trustee), così trasferendo all'estero la gestione ed amministrazione di capitali e immobili.

In ogni caso, resta il fatto che il legislatore ha inteso sottoscrivere e recepire *in toto* nell'ordinamento la Convenzione de L'Aja e, quindi, tornando all'*incipit* delle argomentazioni del Tribunale di Bologna, il Giudice non può non attribuire fondamentale rilevanza a tale atto.

Sull'interpretazione da dare all'art. 13, il Tribunale di Bologna ha scartato l'interpretazione radicale secondo cui sarebbe assolutamente precluso il riconoscimento dei trust interni, perché ciò si porrebbe in netto contrasto con l'asserita libertà di scelta della legge regolatrice che resta libera anche in presenza di elementi di collegamento con un paese "non trust" (in forza dell'interpretazione congiunta degli artt. 5, 6 e 7 della Convenzione, di cui ho già parlato).

Tra le due tesi dottrinali per le quali l'art. 13 darebbe facoltà ai legislatori degli Stati aderenti di apporre riserve (non apposte dall'Italia) oppure costituirebbe una disposizione rivolta anche agli organi giurisdizionali, abbiamo accolto questa seconda che ci pareva più conforme ai principi del diritto internazionale pattizio.

Resta il fatto che gli organi giurisdizionali sono sottoposti alla legge e, pertanto, il potere di negare il riconoscimento disapplicando la scelta del disponente potrà essere esercitato solo nel caso di scelta ope-

Note:

(26) Art. 5, Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985: "La Convenzione non si applica qualora la legge specificata al capitolo II non preveda l'istituto del trust o la categoria di trust in questione". Ragionando *a contrario* si deve concludere che la Convenzione de L'Aja trova sempre applicazione, purché la legge scelta dal disponente (art. 6) o quella altrimenti individuata (in subordine e nel solo caso di mancata scelta o di opzione ricadente su un ordinamento "non trust") secondo i criteri di "collegamento più stretto" (art. 7), prevedano il trust in questione.

(27) V. M. Lupoi, Introduzione ai trusts. Diritto inglese, Convenzione dell'Aja, Diritto italiano, Milano, 1994.

## Saggi

rata fraudolentemente tale per cui il riconoscimento appaia ripugnante all'ordinamento.

In definitiva, ai sensi degli artt. 15, 16 e 18, qualora i trust riconosciuti (anche quelli interni) producano effetti contrastanti con norme inderogabili o di applicazione necessaria della *lex fori* o con principî di ordine pubblico del foro, l'applicazione della legge straniera dovrà cedere il passo a quella della legge interna; qualora un trust "interno", regolato da legge straniera, produca effetti ripugnanti per l'ordinamento che non siano colpiti dagli artt. 15, 16 e 18, è possibile negare *tout court* il riconoscimento (il quale diviene, a tali condizioni, inesigibile).

Nella sentenza si affronta, da ultimo, la questione della presunta contrarietà all'art. 2740 cod. civ. dell'effetto segregativo tipico dei trust: si adducono plurime motivazioni a sostegno della soluzione adottata, non perché il Giudice non era convinto dell'una o dell'altra (come qualcuno ha sostenuto<sup>(28)</sup>), bensì perché tutte conducono al medesimo risultato.

In *primis*, l'effetto segregativo è espressamente previsto dalla Convenzione all'art. 11 e, pertanto, secondo una parte della dottrina, il testo convenzionale assume sul punto la natura di norma di diritto materiale uniforme.

In secondo luogo, la deroga all'art. 2740 cod. civ. è stata espressamente introdotta dalla L. 16 ottobre 1989, n. 364.

Inoltre, le numerose deroghe legislative all'unitarietà della garanzia patrimoniale (da ultimo, la riforma del diritto societario, che ha introdotto, agli artt. 2447-*bis* e seguenti del codice civile, i "patrimoni destinati ad uno specifico affare" che presentano evidenti similitudini coi trust auto-dichiarati<sup>(29)</sup>) inducono a ritenere che l'art. 2740 cod. civ. non costituisca più, da anni, un principio supremo ed inderogabile del nostro ordinamento.

Infine, seppure come *obiter dictum*, si è fatto riferimento alla teoria del prof. Lupoi secondo la quale gli artt. 2 e 11 della Convenzione de L'Aja hanno introdotto nel nostro ordinamento una nuova forma di proprietà: la proprietà "finalizzata" o "qualificata" (in realtà, già riconoscibile nell'art. 1707 cod. civ.) alla quale mal si accompagna il concetto tradizionale di patrimonio a cui si riferisce l'art. 2740 cod. civ.

Come detto, il resto della sentenza dimostra la piena compatibilità dell'istituto con l'ordinamento interno: difatti, ferma restando la piena validità dell'atto istitutivo, il conferimento in trust dei beni della comunione legale è stato annullato ai sensi dell'art. 184 cod. civ.

La sentenza del Tribunale di Bologna è stata oggetto di numerosi commenti, positivi e negativi<sup>(30)</sup>: ovviamente, le critiche non solo sono lecite, ma sono anche gradite perché, come si sa, il dogma dell'assoluta infallibilità non esiste più nemmeno per il Sommo Pontefice ... figuriamoci per i Giudici di merito!

Segnalo, tuttavia, una nota critica<sup>(31)</sup> che appare, per i toni impiegati, ingiustificatamente piccata e risentita (e, in alcuni punti, addirittura ingiuriosa, ove si insinua che il "tanto ben informato" Giudice emiliano ha omesso ogni motivazione per aderire in maniera acritica e non meditata – se non ottusa – alla tesi sostenuta dai più).

L'autore della nota esordisce affermando che il risalto attribuito dagli organi di stampa alla sentenza bolognese giustifica la riflessione su una pronuncia che, altrimenti, meriterebbe "solo una nota redazionale": in realtà, la rivista dedica 11 pagine alla motivazione della decisione e ben 27 al commento critico e già questo "la dice lunga" sull'importanza che lo stesso autore attribuisce al provvedimento. In altre parole – e richiamando il titolo di un'altra critica

## Note:

(28) Come afferma V. Mariconda, Contrastanti decisioni sul trust interno: nuovi interventi a favore ma sono nettamente prevalenti gli argomenti contro l'ammissibilità, *Corriere giur.*, 2004, 76, a p. 91: "Quanto poi all'elenco di riforme legislative proposto nella decisione del Giudice di Bologna al fine di sminuire l'importanza e la portata del principio di cui all'art. 2749, Il comma, cod. civ. [...] elenco di cui non ci sarebbe stato bisogno se il Giudice fosse stato convinto sino in fondo di quanto precedentemente asserito in ordine al fatto che la stessa legge di ratifica ha introdotto nell'ordinamento una deroga all'art. 2740 cod. civ."

(29) In realtà, *re melius perpensa*, l'art. 2447-*bis* cod. civ., "Patrimoni destinati ad uno specifico affare", non può essere considerato come un trust auto-dichiarato in quanto verrebbero inammissibilmente a coincidere le figure del disponente, del trustee e del beneficiario; assume, invece, la configurazione del trust l'istituto del "Finanziamento destinato ad uno specifico affare" disciplinato dall'art. 2447-*decies* cod. civ. perché, in questo caso, l'effetto segregativo vedrebbe come beneficiari i finanziatori, soggetti diversi rispetto alla società.

(30) A. Busani, Ai trust passaporto di legittimità, *Il Sole 24 Ore*, 14 ottobre 2003, 28; M. Lupoi, Stop ai dubbi su un istituto fondato sulla trasparenza, *Il Sole 24 Ore*, 14 ottobre 2003, 28; A. Busani, Per il trust un futuro a tutto campo, *Il Sole 24 Ore*, 15 ottobre 2003, 29; C. Castronovo, Ma per il trust una sentenza non fa primavera, *Il Sole 24 Ore*, 18 ottobre 2003, 5; A. Tonelli, Una nuova decisione riconosce validi i trust interni in Italia, *Italia Oggi*, 27 ottobre 2003, 24; A. Tonelli, Nota a Trib. Bologna 1 ottobre 2003 n. 4545 (sulla validità ed efficacia dei "trust interni"), *Riv. not.*, 2003, 1653; N. Soldati, Commento a Tribunale di Bologna, sentenza 1 ottobre 2003, *Dir. e pratica società*, 2003, n. 21, 82; A. Busani – C. M. Canali, Un istituto di grande flessibilità conforme al nostro ordinamento giuridico, *Guida al diritto*, 2003, n. 45, 68; V. Mariconda, Contrastanti decisioni sul trust interno [*supra*, nota 28], a p. 82.

(31) V. Mariconda, Contrastanti decisioni sul trust interno [*supra*, nota 28], a p. 89.

dottrinale<sup>(32)</sup> – se è vero che “per il trust una sentenza non fa primavera”, è altrettanto vero che si tratta di una pronuncia corposa (anche sotto il profilo motivazionale) emessa in un giudizio contenzioso che conferma e rafforza la tendenza della giurisprudenza maggioritaria.

Nell'articolo si legge che il Tribunale di Bologna “non si è nemmeno posto il problema del significato da attribuire all'art. 4 della Convenzione, problema che investiva direttamente l'atto di costituzione del trust”: in realtà, se l'autore avesse meglio esaminato la sentenza (compresa la seconda parte), si sarebbe accorto che l'art. 4 è espressamente menzionato e, proprio per la soggezione dell'atto di conferimento dei beni nel trust alla disciplina interna, si è ritenuto di disporre l'annullamento ex art. 184 cod. civ. Peraltro, non può essere sfuggito al commentatore che l'atto di conferimento era, nel nostro caso, redatto unitamente all'atto istitutivo del trust e, pertanto, a differenza del caso sottoposto al giudizio del Tribunale di Belluno, il presunto problema relativo al “negozio astratto di trasferimento” è stato affrontato, ma aveva rilevanza marginale.

Per quanto riguarda l'atto istitutivo, come ho detto, si è ritenuta “tipica” la sua causa in forza della disposizione legislativa che recepisce la Convenzione de L'Aja: così facendo – prosegue la critica – il Giudice ha basato la propria motivazione sulla recezione, con atto legislativo, del testo convenzionale, senza considerare il “modo affrettato in cui l'Italia aveva ratificato la Convenzione”.

Il rilievo ha aspetti grotteschi: come già esposto, anche se frettolosamente, l'Italia ha ratificato la Convenzione e, quindi, c'è una legge vigente ed efficace alla quale l'interpretazione del Giudice deve necessariamente sottostare, salvo ritenere come non scritte (o disapplicabili o semplicemente “ignorabili”) tutte le leggi “affrettate” che sono state approvate dal nostro legislatore.

Aggiunge l'autore che la causa degli atti di trasferimento in trust sarebbe da ritenere astratta (e, quindi, nulla), “non perché non enunciano la causa del trasferimento, ma perché enunciano una causa non riconosciuta o, se si vuole, disapprovata dal nostro ordinamento e, quindi, non ammissibile ai sensi dell'art. 1322, Il comma, cod. civ.”.

Di fronte a tale argomentazione, viene da chiedersi, allora, se anche la causa del trust “estero” (sul quale non si muovono obiezioni) sia disapprovata dall'ordinamento, da quello stesso ordinamento che ha dato piena attuazione alla Convenzione de L'Aja:

se così fosse, l'ordinamento sarebbe schizofrenico, perché riterrebbe valida la causa di un negozio con elementi di internazionalità obbligando gli operatori del diritto a riconoscerlo anche nei suoi effetti, e, nel contempo, disapproverebbe la causa del medesimo negozio, quando fosse privo di elementi di internazionalità (diversi dalla legge prescelta).

Sull'interpretazione dell'art. 13 del testo convenzionale non mi dilungo oltre: rispondendo alla domanda su quando si possa considerare ripugnante per l'ordinamento interno un trust disciplinato da una legge regolatrice che non violi norme imperative, principi di ordine pubblico e norme di applicazione necessaria, mi vengono in mente i cosiddetti *jumping trust* (previsti da alcune normative sudamericane), che *prima facie* sembrano soddisfare solo i malcelati intenti fraudolenti del disponente.

Infine, si chiede l'autore della critica “per quale ragione non si sia ritenuto effetto ripugnante, al fine di escludere la riconoscibilità del trust interno, quello prodotto dall'atto di costituzione del trust con cui il marito aveva leso i diritti della moglie”, dando per scontato che il negozio fosse finalizzato a ledere i diritti della moglie sui beni immobili conferiti. La risposta (e mi scuso per il tono gergale) viene spontanea: “perché dovevamo buttare via il bambino insieme con l'acqua sporca?”. Ribadisco, infatti, che proprio l'accoglimento della domanda subordinata dell'attrice dimostra che l'istituto di cui stiamo discorrendo è pienamente compatibile col nostro ordinamento, il quale appronta dei rimedi efficaci per tutelare i diritti dei terzi “coinvolti” nel trust.

In chiusura, vorrei accennare alle pronunce che, superato lo scoglio dell'ammissibilità, coinvolgono il trust sotto il profilo pratico e operativo.

Oltre alle autorizzazioni dei Giudici Tutelari di Perugia, di Bologna e di Firenze (nel 2001<sup>(33)</sup>, nel 2002<sup>(34)</sup>, nel 2003<sup>(35)</sup> e nel 2004<sup>(36)</sup>) che atten-

Note:

(32) C. Castronovo, Ma per il trust una sentenza non fa primavera [su *pra*, nota 30], 5.

(33) Trib. Perugia, 26 giugno 2001, in questa Rivista, 2002, 52.

(34) Trib. Perugia, 16 aprile 2002, in questa Rivista, 2002, 584.

(35) Trib. Bologna, 3 dicembre 2003, in questa Rivista, 2004, 254.

(36) Trib. Firenze, 8 aprile 2004, in questa Rivista, 2004, 567, e Trib. Firenze, 7 luglio 2004, *infra*, 85; con quest'ultima autorizzazione il Giudice Tutelare acconsente alla modifica di clausole di un trust già istituito in conformità alle disposizioni della legge inglese Variation of Trusts Act 1958.

## Saggi

gono alla istituzione di trust in favore di minori, si deve segnalare il provvedimento del Giudice Delegato del Tribunale di Roma del 4 marzo 2003(37), col quale si autorizza il curatore fallimentare a istituire in un trust i crediti fiscali maturandi dopo la chiusura del fallimento affinché i trustee li trasferiscano ai creditori secondo il piano di riparto.

Aspetti “pratici” sono stati esaminati anche dal Tribunale di Milano che, con la decisione del 20 ottobre 2002(38), ha rimosso dall’incarico e sostituito i trustee, i quali, pur essendo anche disponenti e genitori dei beneficiari, si erano sottratti agli obblighi assunti nei confronti delle figlie. La pronuncia è stata confermata dalla Corte d’Appello di Milano con sentenza emessa nell’estate del 2004(39).

Il profilo applicativo (e concreto), finora, è stato scarsamente approfondito perché la giurisprudenza e la dottrina si sono arenate sulle questioni attinenti all’ingresso del trust nell’ordinamento italiano.

Appare timidamente qualche questione “tangibile”, ma dovrà dissiparsi ogni dubbio sull’ammissibilità dell’istituto prima di trovarci a discutere di questioni più “interessanti”: elenco, a mero titolo di esempio, la scelta della legge regolatrice, il principio *iura novit*

*curia* (spetta al Giudice, *ex officio*, fare corretta applicazione delle norme della legge regolatrice su cui è caduta l’opzione del disponente e questo può riuscire assai arduo, specialmente quando il rinvio è fatto ai precedenti di un paese di *common law*), la responsabilità del trustee, la revocatoria dei trust, i trust e la disciplina delle successioni, il trust e il divieto di costituzione di dote, le azioni reali spettanti (in certi ordinamenti) al beneficiario o al disponente per recuperare – anche dai terzi – il bene trasferito dal trustee inadempiente.

Mi auguro che (anche) di questo sia chiamata ad occuparsi la giurisprudenza nel prossimo futuro.

---

**Note:**

(37) Trib. Roma, Sez. Fall., 4 aprile 2003, in questa Rivista, 2003, 411; il contenuto del provvedimento è stato sostanzialmente confermato dal decreto del Tribunale Fallimentare di Roma (in composizione collegiale) dell’11 marzo 2004, in questa Rivista, 2004, 406, con cui si è però affermata la competenza del Collegio al rilascio dell’autorizzazione al curatore fallimentare.

(38) Trib. Milano, 20 ottobre 2002, in questa Rivista, 2003, 265.

(39) Corte d’App. Milano, 20 luglio 2004, *infra*, 87.

# Trust Law Development in the United States and Current Trends

di Barbara R. Hauser

*“The evolution of the trust has been a great adventure in the field of jurisprudence. It has not ended. As long as the owner of property can dispose of it in accordance with his legitimate wishes, the great adventure will go on.”*

Austin Wakeman Scott, *The Law of Trusts*

SUMMARY: § 1. Overview. – § 2. English Trust Law. – § 3. Trust Law in the United States. – § 4. Federal Tax Impact on Trust Law in the United States. – § 5. Applicable Law. – § 6. Conclusions.

## § 1. Overview.

Trust law is a big and booming business in the United States. Estimates are that by 2005 there will be 4.8 million trusts in the United States with \$6.1 trillion in assets, more than double the total of trust assets at the end of 2001(1). In competing to attract trust business a number of states have been breaking away from traditional legal efforts to develop more uniform trust laws within the United States and have been creating very unusual trust laws, particularly in the area of asset protection trusts and dynasty trusts.

The first part of this article will summarize the general development of trust law in the United States as it has differed from English trust law. The second part will examine current specific trust law developments in the United States, including the Uniform Trust Code, asset protection trusts and dynasty trusts. The final part will express the author's regret that the U.S. jurisdictions seem to be in a race to the bottom. Although individual states can be viewed as interesting experimental laboratories, the author cautions that the resulting forum-shopping allows choices far removed from traditional trust law. Courts are likely to halt some of the experiments, either as no longer consistent with the meaning of a trust or as contrary to public policy.

## § 2. English Trust Law.

In order to compare some of the differences

between traditional English trusts and the developments of trust law in the United States it is helpful to begin with a very brief summary of English trust law, which was the original source of trust law in the United States(2).

### a. Source of Trust Law in England

The law of trusts in England and Wales (“English trust law”) developed in the courts of chancery as a

#### Note:

Barbara R. Hauser è Visiting Associate Professor alla University of Minnesota Law School e Special Counsel in the Private Client Department di Cadwalader, Wickersham & Taft LLP.

Il testo riproduce la relazione, con modificazioni, presentata al Congresso della International Academy of Estate and Trust Law, svoltosi a Praga il 24-26 maggio 2004.

(1) See, e.g., J. Nelson, *Assets Growth at Third-Party Trust Companies is Chugging Along as More and More Advisors Hope on the Bandwagon*, Capital Trust Company of Delaware News (Capital Trust Company, Wilmington, Del.), at [http://www.ctcdelaware.com/documents/news\\_090103.html](http://www.ctcdelaware.com/documents/news_090103.html) (last visited on April 13, 2004). See also, J. C. Dobris, *Changes in the Role and the Form of the Trust at the New Millennium, or We Don't Have to Think of England Anymore*, 62 Alb. L. Rev. 543 (2000) (“[E]veryone wants to slurp at the great river of money that is roaring through our society at the end of the century, as the depression generation starts to pass its money to the baby boomer generation, and as the market soars to new heights.”).

(2) This summary largely relies on D. J. Hayton, *The Law of Trusts* (3d ed. 1998) [hereinafter Hayton], and B. Hauser, *English Trusts from an American Perspective*, 9 Tr. & Trustees 15 (2002).

(3) For a more detailed and analytical history see D. J. Hayton, *The Original Trust Concept* (April 19, 2004). See also A. Avini, *The Origins of the Modern English Trust Revisited*, 70 Tul. L. Rev. 1139 (1996). As described by Avini:

“The origin of the English trust, or the use [...] has been the subject of debate among some of the greatest legal minds of historical jurisprudence. [...] [S]everal theories emerged concerning the origin of the trust: the Roman Fideicommissum, the Germanic Salmannus, the hybrid Romano-Germanic, and the Islamic Waqf. The Roman theory holds that the fideicommissum, a device which permitted a testator to devise property to a legally incompetent beneficiary by transmitting the

(Segue)

## Saggi

matter of equity not law(3). Maitland called trusts “the greatest and most distinctive achievement performed by Englishmen in the field of jurisprudence”(4). English trust law has developed largely as a matter of case law, as is usual in a common law system. The English Trustee Act 1925 was recently supplemented by the English Trustee Act 2000.

### b. Essential Elements of an English Trust

#### i. Not an Entity and Not a Contract

The trust is a relationship, not a separate juridical entity like a corporation. The relationship is between a trustee, who holds legal title to the trust assets, and one or more beneficiaries who have an equitable interest in the trust assets. The trust relationship is different from a contractual relationship in a number of ways. One critical difference is that in a trust relationship the agreement is between the settlor and the trustee but if the trustee breaches its duties the party with a right to complain is the beneficiary. If it were a contract the party with the right to complain would be the settlor.

#### ii. Creation of a Trust

A trust is created when a settlor transfers property to a trustee to hold those assets for the benefit of one or more beneficiaries in accordance with the terms of the trust agreement. After the transfer the settlor has no further interest, as a settlor, in the trust assets. Note, however, that it is common practice in England for the settlor to deliver to the trustee a “letter of wishes” that the settlor would like the trustee to take into account. The trustee does not own the trust assets in his or her individual capacity but as trustee. The trust funds are held separate and apart from the trustee’s individual assets.

#### iii. Secret Trusts

In England it is possible to have secret (and even half-secret) trusts. The recipient may have agreed secretly to hold property for a certain purpose (such as for a mistress)(5).

#### iv. Duties of a Trustee

##### 1. Fiduciary responsibility

A trustee has a fiduciary responsibility to be prudent in caring for the trust assets for the benefit of the beneficiaries. A trustee can be held accountable to the beneficiaries for any negligent decrease in the value of the trust assets as well as for any fraud, such as a personal use of the trust assets.

##### 2. Death of a sole trustee

If a sole trustee dies and no successor trustee has been appointed, the personal representative of the estate of the trustee can appoint a new trustee(6).

#### v. Rights of a Beneficiary

##### 1. Equitable title and Enforcement Rights

A beneficiary is said to have equitable title in the trust assets, while the trustee has the legal title. This refers to the enforceable interests of the beneficiaries in the trust assets. Under English law, as a general rule if there are no beneficiaries there cannot be a trust.

##### 2. Settlor as Beneficiary

Under English law a settlor may not create a trust for his or her own benefit and shield the trust assets from his or her creditors. The Statute of Elizabeth, in 1571, held that transfers made for the purpose of avoiding one’s creditors were simply void transfers and could be disregarded(7).

##### 3. Power to Compromise Trust

Under English law if all of the beneficiaries are adults they can agree to change or terminate the trust, regardless of its terms(8).

#### vi. Rule against Perpetuities

#### Note:

(Continua nota 3)

property to a capable legatee, was introduced into England by the ecclesiasts seeking to circumvent the governmental restrictions on land ownership. The German theory posits that the Salmannus, a third party who agreed to carry out the specific wishes of a transferor of property either inter vivos or post mortem, was introduced into England during the Norman conquests of the eleventh century. Finally, the Islamic theory on the influence of the waqf, an endowment created by a donor for use by designated beneficiaries and under the administration of a trustee, holds that the waqf was imported by the Franciscan Friars returning from the Crusades in the thirteenth century and that they adapted this device to the needs of their mendicant order.”  
 Id.

(4) 3 F. W. Maitland, *The Unincorporate Body*, in *The Collected Papers of Frederic William Maitland* (H.A.L. Fisher ed., 1911), reprinted in *Historical Writings in Law and Jurisprudence: the Collected Papers of Frederic William Maitland 272* (R. H. Helmholz & B. D. Reams, Jr. eds., 1981).

(5) Hayton, *supra*, note 2, at 52.

(6) This is not the procedure in the United States, where it is a matter of state law. Many states provide that title to the trust property will vest in a particular court, which then appoints a successor trustee. In other states title will pass to a successor named by the settlor. G. G. Bogert & G. T. Bogert, *Trusts and Trustees* section 529 (2d ed. 1992). [hereinafter Bogert].

(7) 13 Eliz., c. 5 (1571) (Eng.) (stating that transfers for the purpose of “hindering, delaying, or defrauding creditors” are “illegal and void”).

(8) Variation of Trusts Act 1958. See also *Saunders v Vautier* (1841) 4 Beav 115 [e in questa Rivista, 2004, 294, n.d.r.].

No trust may last longer than either a period ending 21 years after the death of designated persons alive at the creation of the trust or 80 years(9). Also, income may not be accumulated for more than 21 years, or the lifetime of the settlor (or while a beneficiary is a minor)(10).

### § 3. Trust Law in the United States.

This section will examine the sources of current trust law in the United States, and the development of a number of particular types of trusts.

#### a. Source of Trust Law – Individual States

In the United States, a common law system, there is no American law of trusts(11). Instead the law of trusts is governed by each separate state, as a matter of property law(12). The effect of the federal tax system (the Internal Revenue Code) on the law of trusts is also significant and will be addressed separately.

##### i. Basic Definition of a Trust

The generally accepted definition of a trust is “a fiduciary relationship in which one person holds a property interest, subject to an equitable obligation to keep or use that interest for the benefit of another”(13).

##### ii. Creation of a Trust

There are three traditional elements in the creation of a trust: (1) an expression of an intent by the settlor that property be held for the benefit of someone else; (2) at least one beneficiary for whom the property is to be administered by the trustee; and (3) an interest in property which is in existence or is ascertainable and which is to be held for the benefit of the beneficiary(14). The trustee has an equitable duty to manage the trust property for the benefit of the beneficiaries(15). Note that having a trustee is not one of the traditional requirements of a trust. Law students in the United States learn that “no trust will fail for the want of a trustee”(16).

##### iii. English Provisions not generally adopted in the United States

###### 1. Secret Trusts

In the United States it is not possible to have secret trusts. A leading U.S. treatise under the heading “secret trusts” a statement that the term refers to the situation when a testator leaves property by will to A who has agreed that he will hold it for B but those terms are not in writing in the will. It ends with the conclusion that there is no trust(17).

###### 2. Letter of Wishes

It is not common in the United States to have a settlor provide the trustee with one or more letters of wishes. There is a risk that the Internal Revenue Service would view such letters as retained control by the settlor for tax purposes.

###### 3. Protectors

Although there has not been a traditional use of protectors in the United States, there is a growing interest in the concept of a protector, presumably due to the influence of off-shore asset protection trusts(18). The Uniform Trust Code does address the role of a protector and provides in section 808:

“(b) If the terms of a trust confer upon a person other than the settlor of a revocable trust power to direct certain actions of the trustee, the trustee shall act in accordance with an exercise of the power unless the attempted exercise is manifestly contrary to the terms of the trust or the trustee knows the attempted exercise would constitute a serious breach of a fiduciary duty that the person holding the power owes to the beneficiaries of the trust.

(c) The terms of a trust may confer upon a trustee or other person a power to direct the modification or termination of the trust.

(d) A person, other than a beneficiary, who holds a

#### Note:

(9) Perpetuities and Accumulations Act 1964.

(10) Id.

(11) See, e.g., A. Wakeman Scott & W. F. Fratcher, *The Law of Trusts* (4th ed. 1987) [hereinafter Scott] (noting that there is no American law of trusts even though judges sometimes speak as if there is).

(12) The drafters of the proposed Uniform Trust Code define a state to include the 50 states and the District of Columbia, Puerto Rico, the United States Virgin Islands, and “any territory or insular possession subject to the jurisdiction of the United States, as well as any Indian tribe or band recognized by federal law or formally acknowledged by a state.” Unif. Trust Code § 103 (Proposed Official Draft 2000).

(13) Bogert, *supra*, note 6, § 1.

(14) Id.

(15) Scott, *supra*, note 11, § 66, at 398.

(16) Id. (noting that a trust does not fail at its inception or thereafter for lack of a trustee since the court will appoint a trustee to administer the trust property for the benefit of the beneficiary).

(17) Scott, *supra*, note 11, § 66, at 398.

(18) See, e.g., *National Bank of Detroit v Sheldon*, 730 F.2d 421 (6th Cir. 1984); *Detroit Bank & Trust Co. v Trust Co. of Virgin Islands*, 644 F.Supp. 444 (D. P.R. 1985); *Shelden v Trust Co. of Virgin Islands*, 535 F. Supp. 667 (D. P.R. 1982).

## Saggi

power to direct is presumptively a fiduciary who, as such, is required to act in good faith with regard to the purposes of the trust and the interests of the beneficiaries. The holder of a power to direct is liable for any loss that results from breach of a fiduciary duty”(19).

### b. Role of the American Law Institute and its Restatements of Trusts

The American Law Institute (ALI) was established in 1923 to define, summarize, or restate existing common law. It has issued a number of so-called restatements, none of which is intended to be proscriptive law, but merely descriptive of the law in the various states(20). In the area of trust law it has revised its restatements such that the most recent one is the Restatement (Third) of Trusts, which was issued in 1990(21).

### c. Role of the NCCUSL and its Uniform Trust Code

The National Conference on Commissioners for Uniform State Laws (NCCUSL) was created in 1892 and comprises more than 300 lawyers, judges, and law professors, appointed by the states, including the District of Columbia, Puerto Rico, and the U.S. Virgin Islands. Its purpose is to draft proposals for uniform and model laws and work toward their enactment in their legislatures(22).

NCCUSL was aware that trust law not only varied from state to state, but that in most states the law on trusts was, to use its description, rather “thin”(23). It therefore worked for six years on its comprehensive trust law project(24) and in 2000 produced a proposed uniform trust law, intended to be the first national trust law(25) (i.e. if adopted by each state.) It was amended in 2001 and in 2003 but is known as Uniform Trust Code (2000) [hereinafter UTC].

#### i. Limitations on Settlers

One of the controversial features of the UTC is that there are certain subjects as to which the settlor is simply not free to impose a contrary intention: it will not be honored. Those areas are listed in section 105(b) and include:

1. the duty of a trustee to act in good faith and in accordance with the purposes of the trust;
2. the requirement that a trust and its terms be for the benefit of its beneficiaries, and that the trust have a purpose that is lawful, not contrary to public policy, and possible to achieve;
3. the effect of a spendthrift provision and the

rights of certain creditors and assignees to reach a trust as provided in [Article] 5;

4. the power of the court under Section 708(b) to adjust a trustee’s compensation specified in the terms of the trust which is unreasonably low or high;

5. the duty under Section 813(b)(2) and (3) to notify qualified beneficiaries of an irrevocable trust who have attained 25 years of age of the existence of the trust, of the identity of the trustee, and of their right to request trustee’s reports; and

6. the duty under Section 813(a) to respond to the request of a beneficiary of an irrevocable trust for trustee’s reports and other information reasonably related to the administration of a trust.

#### Note:

(19) The Comment to section 808 of the Uniform Trust Code states: “Subsections (b)-(d) ratify the use of trust protectors and advisers. Subsections (b) and (d) are based in part on Restatement (Second) of Trusts Section 185 (1959). Subsection (c) is similar to Restatement (Third) of Trusts Section 64(2) (Tentative Draft No. 3, approved 2001)”. “Advisers” have long been used for certain trustee functions, such as the power to direct investments or manage a closely-held business. “Trust protector,” a term largely associated with offshore trust practice, is more recent and usually connotes the grant of greater powers, sometimes including the power to amend or terminate the trust. Subsection (c) ratifies the recent trend to grant third persons such broader powers. Unif. Trust Code § 808 cmt. (Proposed Official Draft 2000); [il testo dell’Uniform Trust Code può leggersi in questa Rivista, 2001, 453; id., 2001, 623; id., 2002, 116 e id. 2003, 111 (n.d.r.)].

(20) See [www.ali.org](http://www.ali.org) (last visited July, 8 2004).

(21) Restatement (Third) of Trusts (1990). Several sections have had later amendments. Id.

(22) See <http://www.nccusl.org> (last visited July 8, 2004). NCCUSL has drafted an impressive number of uniform acts (more than 200) including the very successful Uniform Commercial Code, Uniform Probate Code and Uniform Partnership Act. It often works closely with the American Law Institute, the organization that produces the restatements of law. Id.

(23) It singled out for praise the states of California, Georgia, Indiana, Texas and Washington (and in fact used California’s trust law as its initial model). Id.

(24) There had been a Uniform Trust Act of 1927, which had not been widely adopted and was not comprehensive.

(25) According to the Uniform Trust Code’s prefatory note: “The Uniform Trust Code (2000) is the first national codification of the law of trusts. The primary stimulus to the Commissioners’ drafting of the Uniform Trust Code is the greater use of trusts in recent years, both in family estate planning and in commercial transactions, both in the United States and internationally. This greater use of the trust, and consequent rise in the number of day-to-day questions involving trusts, has led to a recognition that the trust law in many States is thin. It has also led to a recognition that the existing Uniform Acts relating to trusts, while numerous, are fragmentary. The Uniform Trust Code will provide States with precise, comprehensive, and easily accessible guidance on trust law questions. On issues on which States diverge or on which the law is unclear or unknown, the Code will for the first time provide a uniform rule”. Unif. Trust Code, prefatory cmt. (Proposed Official Draft 2000).

*ii. Specific Controversial Provisions*

1. Rule against Perpetuities

Rather than promote uniformity in this area the UTC leaves the rule against perpetuities (if any) to each individual state(26). They are allowed, under section 107, to choose as governing law the law of another jurisdiction (such as a dynasty jurisdiction), but that is qualified by “unless the designation of that jurisdiction’s law is contrary to a strong public policy of the jurisdiction having the most significant relationship to the matter at issue”(27).

2. Asset Protection Trusts

Settlers are not able to create trusts for their own benefit that would not be available to their creditors. One of the provisions that a settlor may not change is section 505(28). Under that section creditors of the settlor (of an irrevocable trust) may reach “the maximum amount that can be distributed to or for the settlor’s benefit”(29).

3. Notice to Beneficiaries

Trustees are obligated to provide information to all vested beneficiaries(30). As an accommodation to those settlors who did not want young beneficiaries to know about their trusts, the trustee is required to send information only to those who are at least 25 years old-unless those younger than 25 find out about the trust and request information, in which case the trustee must provide it. This has been one of the more controversial provisions(31).

*iii. Status*

The UTC has been approved by the American Bar Association (ABA) and by the Real Property, Probate and Trust Law Section of the ABA. The status as of July 20, 2004 is as follows:

a. Has been adopted:

1. District of Columbia (effective March 10, 2004)(32)
2. Kansas(33)
3. Maine (effective July 1, 2005)(34)
4. Missouri(35)
5. Nebraska(36)
6. New Hampshire (signed May 2004)(37)
7. New Mexico (effective 7-1-03)(38)
8. Tennessee (effective July 1, 2004)(39)
9. Utah(40)
10. Wyoming(41)

[NCCUSL is considering adding Ohio as “substantially” passed, e.g. a prior draft.]

b. Is being actively considered and may be introduced in 2004 or 2005:

1. Alabama
  2. Arkansas
  3. Massachusetts
  4. Montana
  5. Ohio
  6. Pennsylvania
  7. South Carolina
  8. Virginia
  9. West Virginia
- c. Have just begun study:
1. Georgia
  2. Michigan
  3. New Jersey
  4. Wisconsin
- d. Have rejected or passage seems unlikely:
1. Arizona (had passed, then was repealed)(42)

**Note:**

(26) See id (“The Uniform Trust Code does not limit the duration of trusts or alter the time when interests must otherwise vest, but leaves this issue to other state law. The Code may be enacted without change regardless of the status of the perpetuities law in the enacting jurisdiction.”).

(27) Unif. Trust Code § 107 (Proposed Official Draft 2000).

(28) Id. § 105(5).

(29) Id. § 505(a)(2).

(30) Id. § 813(a) (providing that a trustee must keep beneficiaries “reasonably informed”).

(31) See “Trust Laws Get a Makeover,” Wall St. J., July 29, 2004 (“widespread furor” over the notification provision – led D.C. legislators to notify a third party instead, and Kansas and Wyoming to permit waiver of the provision.) Id. at D2.

(32) With a number of changes. See D.C. Law 15-104 (51 D.C. Reg. 3624), D.C. Code Ann. §§ 19-1301-1310 (West, Westlaw through 2004 Sess.).

(33) Kan Stat. Ann. § 58a-101(West, Westlaw through 2003 Sess.).

(34) 2003 ME Laws 618.

(35) See H.B. 1511. (signed by Governor on July 9, 2004).

(36) See, e.g. Neb. Rev. Stat. § 30-3801-07 (West, Westlaw through 2003 Sess.).

(37) See H.B. 1224, ch. 130 (2004).

(38) See N.M. Stat. Ann. § 46A-1-101 (Michie 2003).

(39) 2004 Tenn.Pub.Acts 537.

(40) 2004 UT Laws 89.

(41) See Wyo. Stat. Ann. § 4-10-101 (Michie 2003).

(42) Apparently an article posted on the internet entitled “Is Arizona’s nightmare about to become yours?” was feared to have a significant effect on Colorado’s legislators, prompting a defensive reply by the NCCUSL

(Segue)

## Saggi

2. Colorado (rejected in 2004)
  3. Connecticut (rejected three times-still working with bank industry)
  4. Minnesota (failed to pass in 2001 or 2002, rejected in 2003, ignored in 2004)
  5. Oklahoma
  6. Texas (already had comprehensive trust law)
- iv. Prediction*

The author's personal prediction is that the UTC is unlikely to be widely adopted. The primary reason is the state competition that began several years ago to attract trust business into one state and away from others (including offshore jurisdictions). The widely-publicized "Delaware Trusts" and "Alaska Trusts" are the most visible examples. The ability to forum-shop will escalate a state legislature's creativity in drafting new trust laws to entice trust settlors, and their trust assets, into a particular state.

### d. Other Uniform Trust Acts (by NCCUSL)

Several other Uniform Acts are important in the trust area and have been adopted by a number of states. Two of the most important recent ones are described briefly(43).

#### *i. Uniform Prudent Investor Act (1994)(44)*

This was an important change to take into account modern investment practices. Key points are:

1. The standard of prudence is applied to any investment as part of the total portfolio, rather than to individual investments. In the trust setting the term "portfolio" embraces all the trust's assets. UPIA §2(b).
2. The tradeoff in all investing between risk and return is identified as the fiduciary's central consideration. UPIA §2(b).
3. All categorical restrictions on types of investments have been abrogated; the trustee can invest in anything that plays an appropriate role in achieving the risk/return objectives of the trust and that meets the other requirements of prudent investing. UPIA §2(e).

4. The long familiar requirement that fiduciaries diversify their investments has been integrated into the definition of prudent investing. UPIA §3.

5. The much criticized former rule of trust law forbidding the trustee to delegate investment and management functions has been reversed. Delegation is now permitted, subject to safeguards. UPIA §9.

#### *ii. Uniform Principal and Income Act (2000)*

There were two key purposes for this Act, which has been adopted in a number of important jurisdictions. As explained by NCCUSL:

"One purpose is to revise the 1931 and the 1962 Acts. Revision is needed to support the now widespread use of the revocable living trust as a will substitute, to change the rules in those Acts that experience has shown need to be changed, and to establish new rules to cover situations not provided for in the old Acts, including rules that apply to financial instruments invented since 1962.

The other purpose is to provide a means for implementing the transition to an investment regime based on principles embodied in the Uniform Prudent Investor Act, especially the principle of investing for total return rather than a certain level of "income" as traditionally perceived in terms of interest, dividends, and rents(45)."

### e. Revocable Trusts – General Use

Revocable trusts are not used in England, where there appears to be some doubt as to whether they would even qualify as trusts(46). In the United

#### Note:

(Continua nota 42)

(which can be viewed at [www.nccusl.org](http://www.nccusl.org)), joined by a number of recognized trust experts, who deplored the recent aggressive trust law changes in Alaska and other jurisdictions as nothing but attempts to lure less attractive trust business. The UTC did not pass in Colorado (and was repealed in Arizona.) See <http://www.nccusl.org> (last visited July 9, 2004).

(43) To check whether a particular act has been adopted in a particular state, use the search boxes at [www.nccusl.org](http://www.nccusl.org). See <http://www.nccusl.org> (last visited July 9, 2004).

(44) Unif. Prudent Investor Act (Supp. 1997), available at <http://www.nccusl.org> (last visited July 9, 2004).

(45) Unif. Principal and Income Act, prefatory cmt. (Supp. 2000).

(46) See, e.g., Restatement (Third) of Trusts § 25 cmt. b.

The state of the English law on the validity of revocable trusts still appears uncertain (possibly because of the failure to draw the essential distinctions concerning serious substantive policies drawn here in Subsection (2)). A leading English scholar, Professor David Hayton, early in his recent article entitled "When is a Trust Not a Trust?," 1 J. of International [Trust & Corporate] Planning 3 (1992), states: "There is clearly a valid *inter vivos* trust where particular property is held on trust for the settlor, S, for life, remainder to B or such other person(s) signified to the trustee by S in a signed writing in his lifetime or by will. It makes no difference if [...] S has express power to revoke the trust by deed or by will." He goes on to state that until "the exercise of such power B has a vested, but defeasible right to the capital on S's death [...]. Until and unless [S] exercises such power B owns the capital on equity." *Id.* at 3-4. The rest of the article, however, sets forth various qualifications or distinctions and raises so many doubts that a later article in the same journal, Cash, "The Bahamas: Trustee Act 1998," 7 J. of International Trust & Corporate Planning 34 (No. 1, 1999), opens by noting that Hayton "might have agonized the trust world much more than he had intended when he wrote his article" by submitting "that there might be no trust where a settlor reserves so many essential powers to himself and leaves the trustee with minimal discretion and an obligation to do what the settlor dictates." *Id.*

States they are used heavily(47). That they are valid trust, even though fully revocable, is not disputed in the United States. The argument in England seems to be that they are a substitute for a will, and must comply with the requirements of a will. Section 25 of the Restatement (Third) of Trusts specifically provides that a trust is not rendered testamentary “merely because the settlor retains extensive rights such as a beneficial interest for life, powers to revoke and modify the trust.” As stated in Scott, “The reservation of a power of revocation and modification does not prevent the creation of a trust in the lifetime of the settlor”(48). The beneficiary has a current (vested) future interest, although it is subject to divestiture by the settlor(49).

*i. Avoidance of Probate*

The traditional revocable trust in the United States is created for the primary purpose of eliminating a probate proceeding upon death of the settlor with respect to any assets as to which the title has been properly transferred to the trustee of the revocable trust(50). A secondary use is to provide out-of-court management of the assets in the event of the subsequent incapacity of the settlor. The final, and usually less important, benefit of a revocable trust is that it is often (but not always) private, unlike wills which are of public record. There is no U.S. tax benefit purpose (or asset protection benefit) of the traditional revocable trust.

*ii. Presumption of Irrevocability*

As provided in section 602 of the Uniform Trust Code: “Unless the terms of a trust expressly provide that the trust is irrevocable, the settlor may revoke or amend the trust.” This is a change from the usual default principles, which are still in effect in most states(51). The comment to section 602 perhaps also illustrates a practice that may be less common in England – settlors who write their own living trusts without benefit of lawyers. Under the most recent Restatement, a trust is presumed revocable if the settlor retained a beneficial interest(52).

**f. Dynasty Trusts(53)**

*i. Traditional State laws on the Rule Against Perpetuities-The Restatement (Third) of Trusts*

Under the traditional common-law rule against perpetuities, no trust interest would be validly created unless at the time of its creation, that interest would be certain to vest or fail no later than 21 years after a designated life in being at the creation of the

interest(54). Bogert states the rule as “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”(55). Modern statutes and case law have also allowed some form of wait-and-see approach, rather than judging the validity of future interests or powers at the moment of their creation. The rules differed in the vesting requirements, from the “wait and see” to the more strict “21 years plus lives in being” which had prompted yet another project by the NCCUSL, which resulted in the Uniform Statutory Rule Against Perpetuities, discussed below. It is important to understand that the rule against suspending the right to alienation (sell) is or can be a separate rule.

*ii. Uniform Statutory Rule Against Perpetuities (USRAP)*

**Note:**

(47) See Restatement (Third) of Trusts § 25 cmt. a. With widespread legislative and judicial endorsement over the years, supported by experience as well as popular interest, the revocable trust has become well established in American law as a socially useful and successful device for property management, especially late in life, and for the disposition of property (outright or in further trust) following the settlor's death.

Id. Revocable trusts became widely popular after publication of Norman F. Dacey's, *How to Avoid Probate* (1965).

(48) Scott, *supra*, note 11, § 57.1, at 129.

(49) Id.

(50) See Restatement (Third) of Trusts § 25 cmt. a. (stating that revocable trusts are widely used to avoid probate costs and delays). Revocable trusts are also used to provide out-of-court asset management if the settlor becomes incompetent. Finally, there are circumstances in which they will provide more confidentiality that would be possible with a will. Id.

(51) As noted in the comment to section 602, in most states a trust is presumed irrevocable unless there is evidence of a contrary intent. Unif. Trust Code § 602 (Proposed Official Draft 2000). See also Restatement (Second) of Trusts § 330 (1959). California, Iowa, Montana, Oklahoma, and Texas presume that a trust is revocable. Because professional drafters habitually spell out whether or not a trust is revocable, subsection (a) is thought to have limited application. Note that the UTC takes the opposite approach, with an assumption that all trusts are revocable unless it is stated that a trust is irrevocable. Unif. Trust Code § 602(a) (Proposed Official Draft 2000). This was added because if the trust was silent on whether it was irrevocable it “was likely drafted by a nonprofessional, who intended the trust as a will substitute.” Id. § 602 (a) cmt.

(52) See Restatement (Third) of Trusts § 63 cmt. c (Tentative Draft No. 3, approved 2001).

(53) As used in this paper the term “dynasty trust” refers to those that have no rule against perpetuities. The term is also sometimes used to refer to trusts created to hold the one million dollar generation-skipping transfer tax exempt amount, regardless of the length of time it may last.

(54) See generally the original Restatement of Property, Division IV.

(55) Bogert, *supra*, note 6, at 156.

## Saggi

The Uniform Statutory Rule Against Perpetuities adopted by NCCUSL in 1986 includes the “wait and see” alternative. The USRAP provides that a nonvested property interest is invalid unless either “when the interest is created, it is certain to vest or terminate no later than 21 years after the death of an individual then alive” or “the interest either vests or terminates within 90 years after its creation.” It has been enacted in some 27 states.

### iii. Marketing by South Dakota-Beginning of State Law Changes

In the early 1990s the innocuous(56) rule against perpetuities suddenly received a lot of attention. Unfortunately for the improvement through the efforts of NCCUSL in this modest and arcane area of trust law(57), states began to break away. As a result of the generation-skipping transfer tax (described below) and its one million dollar exemption, the state of South Dakota abolished its rule against perpetuities and began some heavy marketing(58). The national banks opened branches in South Dakota and advertised that someone who created a South Dakota trust with the one million dollar exemption could let that amount continue in trust free of subsequent estate (or generation skipping) tax forever. It would amount to creating a dynasty. A number of articles were written about dynasty trusts and South Dakota. Using compound interest rates of 10% the projected growth of the one million dollars in 100 years was astonishing. For example-\$1 million earning 10% per annum before taxes (6% per annum after taxes in the assumed 40% income tax bracket) in a South Dakota dynasty trust was stated to grow to approximately \$6.25 billion in 150 years(59).

Soon other states decided they too would abolish their rule against perpetuities and compete for this lucrative trust business. Delaware was next, then Illinois (with its Chicago banks) joined the movement, followed by Alaska(60) and several more states. The concept of “dynasty trusts” was widely publicized(61).

The new Alaskan law has been revised several times and it is likely that changes will continue to be made(62). For purposes of this paper it is sufficient to describe the Alaskan approach as a combination of dynasty provisions (although the trustee does have the power to sell assets) with the availability of asset protection provisions(63).

Delaware responded with its own form of asset

### Note:

(56) Some will disagree and consider this an essential policy element of trust law.

(57) The author has been told that many trust and estate professors in the United States no longer mention the rule against perpetuities at all.

(58) Wisconsin has never had a rule against perpetuities, though its state income tax prevents it from being an attractive dynasty jurisdiction. Idaho (also with a state income tax) may have been the first state to repeal the rule, in the 1950s. See, Note, *Dynasty Trusts and the Rule Against Perpetuities*, 116 Harv. L. Rev. 2588, 2593 (2003).

(59) See S. Oshins, *Sale to a Defective South Dakota Dynasty Trust: Leveraging your Trust into Perpetuity*, at [http://www.oshins.com/communique\\_4\\_98.htm](http://www.oshins.com/communique_4_98.htm) (Apr. 8, 2004). See also P. H. McDowell, III, *The Dynasty Trust: Protective Armor for Generations to Come*, Tr. & Est., Oct. 2003, at 47.

(60) See D. Blattmachr, *The genesis of the Alaska Trust Company, the Alaska Trust Act, and other unique trust legislation*, Alaska Trust Company, at <http://www.alaskatrust.com/thegen.html> (last visited Apr. 9, 2004). An estate planning attorney's brother relocated to Alaska, they both helped in the changes in the law and then formed the Alaska Trust Company. Describing these events, Blattmachr wrote:

“First we needed to form a trust company. Even though Alaska had statutes on its books for forty years for the formation of a trust company, no one had ever formed an independent trust company in Alaska. In addition, we needed to draft legislation and get it to the legislature. Jonathan Blattmachr drafted the Alaska Trust Act. We were able to get the Act passed, form a trust company, as well as make changes to Alaska's limited liability and limited partnership statutes. Recently additional unique legislation was passed in the Alaska Legislature. It took over two years to accomplish these tasks. With hard work and the foresight of both the Legislature and the Governor's office, we were able to accomplish what we set out to do, to make Alaska the premiere jurisdiction for trust services”.

Id.

(61) See, e.g., J. Turrettini, *Providing for the Year 3000*, *Forbes*, June 11, 2001, at 220 (discussing new planning options with dynasty trusts).

(62) Indeed additional changes have been made after the conference draft of this paper was submitted (Senate Bill 344 passed the legislature on May, 5, 2004).

(63) See Alaska Stat. § 34.40.110(a)-(b) (1998). Subsection (a) provides that:

“A person who in writing transfers property in trust may provide that the interest of a beneficiary of the trust may not be either voluntarily or involuntarily transferred before payment or delivery of the interest to the beneficiary by the trustee. In this subsection,

(1) “property” includes real property, personal property, and interests in real or personal property;

(2) “transfer” means any form of transfer, including deed, conveyance, or assignment.

(b) If a trust contains a transfer restriction allowed under (a) of this section, the transfer restriction prevents a creditor existing when the trust is created, a person who subsequently becomes a creditor, or another person from satisfying a claim out of the beneficiary's interest in the trust, unless the (1) transfer was intended in whole or in part to hinder, delay, or defraud creditors or other persons under AS 34.40.010;

(2) trust provides that the settlor may revoke or terminate all or part of the trust without the consent of a person who has a substantial beneficial interest in the trust and the interest would be adversely affected by the exercise of the power held by the settlor to revoke or terminate all or part of the trust; in this paragraph, “revoke or terminate” does not include a power to veto a distribution from the trust, a testamentary special power of appointment or similar power, or the right to receive a distribution of

(Segue)

protection legislation in 1997, a Qualified Dispositions in Trust Act. The act disallows any action brought “for an attachment or other provisional remedy against property that is the subject of a qualified disposition” in trust, subject only to Delaware’s fraudulent conveyance statute. There are now a number of articles comparing Delaware and Alaska(64).

The establishment of dynasty trusts has been of concern to NCCUSL, which issued a press release in January 2000 expressing its concerns. They noted that a few states had abolished the rule against perpetuities in order to facilitate the creation of GST-exempt trusts [the \$1 million exemption from the federal generation-skipping transfer tax] that would last perpetually. They complained that “this movement is ill-advised,” not only because Congress would not be likely to allow that loophole to continue indefinitely, but also because the creation of such trusts is problematic:

“Over time, the administration of such trusts is likely to become unwieldy and very costly. Government statistics indicate that the average married couple has 2.1 children. Under this assumption, the average settlor will have more than 100 descendants (who are beneficiaries of the trust) 150 years after the trust is created, around 2,500 beneficiaries 250 years after the trust is created, and 45,000 beneficiaries 350 years after the trust is created. Five hundred years after the trust is created, the number of living beneficiaries could rise to an astounding 3.4 million(65).”

*iv. Policy Issues and Debate*

In the Comments to the Restatement (Third) of Trusts, prepared by the American Law Institute (ALI) issues of broad societal policy are raised when dynasty trusts are allowed. ALI explains that “the private trust is tolerated, even treasured, in the common-law world for the flexibility it offers to property owners in planning and designing diverse beneficial interests and financial protections over time,” but warns that the flexibility offered to the living property owners must be balanced against other social values, in particular the negative effects of prolonged “deadhand” control(66). Indeed, one could argue that the very nature of a trust is a paradox of policy in property law: it allows the current owner to do as he or she wishes, which prevents the future owners from having that same freedom(67). In any event, there is a clear interest in

the United State in being able to create trusts that will protect family wealth for a very long time(68).

*v. Repeals (or extensions) of the rule against perpetuities*

At the present time, the rush to abolish the rule against perpetuities is alive and well in the United States, with the current states that have abolished (or significantly extended) the rule as follows, in alphabetical order:

1. Alaska(69)
2. Arizona(70)
3. Colorado (conditions)(71)
4. Delaware (repealed except for real property for which it is 110 years)(72)

**Note:**

(64) See, e.g., R. W. Nenzo, Planning with Domestic Asset Protection Trusts, Planning Techniques for Large Estates (ALI-ABA Nov. 2003).

(65) See <http://www.nccusl.org> (last visited July 9, 2004).

(66) Restatement (Third) of Trusts § 29 cmt. c.

(67) See G. S. Alexander, The Dead Hand and the Law of Trusts in the Nineteenth Century, 37 Stan. L. Rev. 1189, 1189 (1985) (“Individual freedom to dispose of consolidated bundles of rights cannot simultaneously be allowed and fully maintained.” If a settlor restricts the beneficiary’s freedom to dispose of that interest, “the legal system, in deciding whether to enforce or void that restriction, must resolve whose freedom it will protect [...]”).

(68) See <http://www.nccusl.org> (last visited July 9, 2004).

(69) See <http://www.nccusl.org> (last visited July 9, 2004).

(70) See G. S. Alexander, The Dead Hand and the Law of Trusts in the Nineteenth Century, 37 Stan. L. Rev. 1189, 1189 (1985) (“Individual freedom to dispose of consolidated bundles of rights cannot simultaneously be allowed and fully maintained.” If a settlor restricts the beneficiary’s freedom to dispose of that interest, “the legal system, in deciding whether to enforce or void that restriction, must resolve whose freedom it will protect [...]”).

(71) One practitioner was quoted in the upper-market Robb Report as saying: “For most of my clients, the basic premise is some variant of ‘I don’t want my daughter-in-law to get any of my money.’ Most of my clients are more or less control freaks, and the idea of controlling from the grave is even better than controlling while alive.” M. Sisk, The Lure of Dynasty Trusts, Robb Report, Worth, at [www.worth.com/Wealth/Trusts-Estates/Pay-It-Forward-The-Lure-of-Dynasty-Trusts](http://www.worth.com/Wealth/Trusts-Estates/Pay-It-Forward-The-Lure-of-Dynasty-Trusts) (last visited July, 9 2004). Another practitioner concurred: “When you tell a client that you can design a trust that shields their children, grandchildren, and great-grandchildren from creditors and spouses, that’s all many of them have to hear, and they say, ‘I want that.’” Id.

(72) There is still a rule against perpetuities (of 1,000 years) for powers of appointment. Alaska Stat. § 34.27.051 (2002).

(73) See Ariz. Rev. Stat. 14-2904 (1995).

(74) Adopted by the USRAP with an amendment providing that if all or part of a trust could be distributed to a person who was alive at the creation of the trust, the trust could be perpetual. Colo. Rev. Stat. Ann. § 15-11-1102 (West Supp. 2003).

(75) Del. Code Ann. tit. 25, § 503 (2003).

## Saggi

5. Florida (360 years)(73)

6. Idaho (repealed many years ago, but has an income tax and a rule against suspension of alienation that applies to real estate)(74)

7. Illinois (document must provide that trust is perpetual)(75)

8. Maine(76)

9. Maryland (document must provide that trust is perpetual)(77)

10. Missouri (trustee must have power to sell)(78)

11. Nebraska (document must provide that trust is perpetual)(79)

12. New Hampshire (document must provide that the trust is perpetual)(80)

13. New Jersey(81)

14. Ohio (document must provide that trust is perpetual)(82)

15. Rhode Island(83)

16. South Dakota(84)

17. Utah (1,000 years)(85)

18. Virginia(86)

19. Washington (150 years)(87)

20. Wisconsin (never had the rule against perpetuities, and now has no income tax for nonresident settlors' trusts)(88)

21. Wyoming (1000 years)(89)

Unfortunately, the Uniform Trust Code provides no uniformity for the rule against perpetuities. Instead, the UTC leaves that provision to each individual state.

### g. Asset Protection Trusts

All trusts protect assets to some extent. Indeed the function of a trustee is to protect and preserve the trust property. It is common in the United States for the trust document to include a "spendthrift" provision – a provision that prohibits a beneficiary from selling his or her interest in the trust, to protect the beneficiary who might not manage money well or who may have creditors, etc. The popular asset protection trusts in the United States are trusts that the settlor creates to protect himself or herself from potential creditors. In England a self-settled trust is not valid as against the settlor's creditors.

Thus, the first step in creating an asset protection trust of the sort that is becoming popular in the United States is that the settlor creates a trust for himself or herself, a "self-settled" trust. These are generally permitted. In Scott on Trusts: "The owner of property may create a trust not only by transferring the property to another person as trustee, but also by

declaring himself trustee. Such a declaration of trust, although gratuitous, is valid"(90). The next step is that the trust would contain a spendthrift provision.

This is another area in which states are changing their laws to compete for trust business. Even before the current wave of changes (e.g. Delaware and Alaska) it was obvious that the law in the United States as to spendthrift restraints "falls somewhat short of uniformity among the states"(91). The history of how spendthrift trusts came to be accepted in the United States is a fascinating story of confusion and misunderstanding(92). The English rule allowing

#### Note:

(73) Fla. Stat. Ann. § 689.225 (West, Westlaw through 2000 legislation).

(74) Idaho Code § 55-111 (West, Westlaw through 2003 Sess.).

(75) See 765 Ill. Comp. Stat. Ann. 315/1 (West, Westlaw through 2004 Sess.).

(76) Me. Rev. Stat. Ann. tit. 26, § 841 (West, Westlaw through 2004 1st Special Legislative Sess.).

(77) See Md. Code Ann. [Corps. & Ass'ns] § 8-301 (West, Westlaw through 2004 Sess.).

(78) R.S.Mo. Section 456.236 (effective August 28, 2001).

(79) See Rev. Stat. Ann. § 76-2005-06 (West, Westlaw through 2003 Sess.).

(80) N.H. Rev. Stat. Ann. § 547:3-k and 564:24 (West, Westlaw through 2003 Sess.).

(81) See N.J. Stat. Ann. §§ 46:2F-1-9 (West, Westlaw through 2004 legislation).

(82) See Ohio Rev. Code Ann. § 2131.09 (West, Westlaw through 2004 legislation).

(83) See, e.g., R.I. Gen. Laws § 34-11-38 (West, Westlaw through 2003 Sess.).

(84) S.D. Codified Laws § 43-5-8 (West, Westlaw through 2004 Sess.).

(85) See Utah Code Ann. § 75-2-1206 (West, Westlaw through 2003 Sess.).

(86) See, e.g., Va. Code Ann. § 55-12.4 (West, Westlaw through 2004 Sess.).

(87) Wash. Rev. Code Ann. § 11.98.130 (West, Westlaw through 2004 legislation).

(88) See Wis. Stat. Ann. § 71.01-05 and 71.14 (West, Westlaw through 2004 legislation).

(89) Wyo. Stat. Ann. § 34-1-139 (West, Westlaw through 2004 Sess.) (effective July 1, 2003).

(90) Scott, *supra*, note 11, § 57.6, at 188.

(91) Bogert, *supra*, note 6, at 380.

(92) See A. J. Hirsch, Spendthrift Trusts and Public Policy: Economic and Cognitive Perspectives, 73 Wash. U. L.Q. 1, 9-17 (1995).

beneficiaries to change or terminate the trust was originally followed(93). Nonetheless they are now a routine form of trust, and are consistent with the basic policy in the United States of allowing a settlor great discretion. One often-quoted statement is “*cujus est dare, ejus est disponere*. It allows the donor to condition his bounty as suits himself, so long as he violates no law in so doing”(94).

As a policy matter, one wonders whether the beneficiary needs protection from himself or herself, are so many beneficiaries at risk of being spendthrifts? Or, as Bogert wondered, does the creation of the spendthrift trusts hurt the beneficiaries. He was not sure: “The question whether spendthrift trusts prejudicially affect the character of their beneficiaries cannot, of course, be answered with any certainty. There are no statistics”(95). In any event, states are competing for trust business in the asset protection trust (APT) area(96).

To allow a settlor to declare that his or her own assets are held in a spendthrift trust has not been the traditional rule in the United States. The general rule is set forth in § 156 of the Second Restatement of Trusts as follows:

1. Where a person creates for his own benefit a trust with a provision restraining the voluntary or involuntary transfer of his interest, his transferee or creditors can reach his interest.

2. Where a person creates for his own benefit a trust for support or a discretionary trust, his transferee or creditors can reach the maximum amount which the trustee under the terms of the trust could pay to him or apply for his benefit.

As with the repeal of the rule against perpetuities, to permit dynasty trusts, a growing number of states have been changing their trust law to allow self-settled spendthrift trusts. Those states currently include:

1. Alaska(97)
2. Colorado (unclear)
3. Delaware-Qualified Dispositions in Trust Act(98) (with exceptions)(99)
4. Missouri(100)
5. Nevada(101)
6. Rhode Island(102) (modeled on Delaware)
7. Utah(103)

#### h. Incentive Trusts

Trusts have often contained provisions that included guidelines for the trustees to consider in making discretionary distributions. Recently these have

proliferated in the United States as parents have become preoccupied with the perceived negative effects of wealth on trust beneficiaries(104). The distribution guidelines have been changed to instructions the trustee must follow. To avoid dependent indolent beneficiaries these incentive trusts contain provisions that will reward (with trust distributions) behavior seen as desirable (good grades, good jobs, etc.) and will punish (by withholding trust distributions) bad behavior (drug use being a prominent example).

Traditionally it has not been against public policy to encourage careers, marriage, or the purchase of a home (to give some examples that are often included in trusts). With incentive trusts, however, a beneficiary is required to meet certain standards in order to receive

#### Note:

(93) Id. See also B. Owenson Kilpatrick, Note, Missouri Takes a Stand: The Death of the Dead Hand in the Control of Trusts?, 57 Mo. L. Rev. 1003, 1006 (1992) (“Prior to the decision in *Clafin v. Clafin*, American courts followed the English common law rule established in *Saunders v. Vautier*.”)

(94) Bogert, *supra*, note 6, at 383 (citing *In re Morgan's Estate*, 72 A. 498 (Pa. 1909)).

(95) Bogert, *supra*, note 6, at 387.

(96) See H. J. Lischer, Jr., Domestic Asset Protection Trusts: Pallbearers to Liability?, 35 Real Prop. Prob. & Tr. J. 479, 501 (2000) (“The APT currently is being heavily promoted, due in large part to the tremendous amount of wealth being transferred to the members of the baby boomer generation by their aging parents and the tremendous growth in the value of the stock market in the late 1990s.”). Physicians concerned about malpractice lawsuits are a prominent target group. See, e.g., B. S. Engel, An All-Perils Insurance Policy, Physician's News Digest, at <http://www.physiciansnews.com/finance/203.html> (Feb. 2003). Estimates in 1999 were that more than 10,000 U. S. physicians had created an offshore trust as part of an asset protection plan. See, e.g., D. Mandell, Your Offshore Trusts May Not Be Secure, Am. Med. News, Sept. 20, 1999, at 23.

(97) 1997 Alaska Sess. Laws 6.

(98) Del. Code Ann. tit. 12, § § 3570-3576, 71 Del. Laws 159 (1997). As amended-71 Del. Laws 254 (1998); 71 Del. Laws 343 (1998); 72 Del. Laws 195 (1999); 72 Del. Laws 59 (1999); 72 Del. Laws 341 (2000); 73 Del. Laws 378 (2002); 2003 Del. H.B. 193, Delaware 142nd General Assembly (June 30, 2003).

(99) The exceptions are: 1) preexisting claims, 2) fraudulent transfers, 3) family claims, and 4) tort claims. Id.

(100) Mo. Rev. Stat. § 456.080.3.

(101) Nev. Rev. Stat. § § 166.010-166.170, 1999 Nev. Stat. 299.

(102) R.I. Gen. Laws § § 18-9.2-1-18-9.2-7.(1999).

(103) 2003 Utah Substitute House Bill 299, sponsored by David Clark, available at [www.le.state.ut.us/~2003/bills/hbillenr/hb0299.htm](http://www.le.state.ut.us/~2003/bills/hbillenr/hb0299.htm).

(104) See S. Peterfreund & B. Hauser, “Mommy are we Rich?” Talking to children about family money (2001).

## Saggi

trust distributions(105). The Restatement (Third) of Trusts states some of the policy concerns:

“In cases of this type, society’s interest in a property owner’s freedom of disposition must be weighed against the risk of excessive influence on a personal decision significantly affecting the life of the beneficiary and perhaps others. The social concerns here involve not only the increased risk of an unsuitable decision being made or adhered to by the beneficiary but also the burdens and difficulties of judicial interpretation and enforcement of such interpretations(106).”

### i. Totten Trusts

Although called trusts, Totten trusts are not real trusts. The term refers to certain bank accounts, where the holder of the account signs a bank statement that on his or her death the account is payable to someone else. The name came from a case, the *Matter of Totten*(107). New York courts dealt with many cases in which the testator opened bank accounts “in trust for” someone else(108). They were called “tentative trusts” and were treated the same as a revocable trust, and are now governed by specific statutes(109)

### j. Supplemental Needs Trusts

Parents with children (or other relatives) with special needs of a nature that would qualify them for public assistance have encouraged the development of special needs trusts or supplemental needs trusts. The reason for them is that all assets available to the person with special needs are included in the governmental test as to whether the person has few enough assets (and a small enough income) to qualify for public assistance. The trust is drafted to supply distributions only for those extra expenditures that would not be covered by the public assistance. As stated by one commentator, the purpose is “to prevent costs and expenses related to health care and daily living that would otherwise be covered by means-tested government benefit programs from consuming assets”(110).

### k. Child Performer Trust Account

New York, as one of the entertainment centers of the country, recently added a child performer trust account(111). Employers (or agents) of a child performer are required to deposit 15% of the gross earnings to the child’s trust account. If it reaches or exceeds \$250,000 a trust company must be appointed custodian of the account. At age 18 the child may terminate the account(112).

### l. Trusts for Pets

A number of states allow the creation of trusts for the care of pets(113). In 1990, NCCUSL amended the Uniform Probate Code to include an optional section for pet trusts(114). Many states have now adopted that section of the UPC(115).

The UTC provides, in § 408(a), that a trust may be created to provide for the care of an animal alive during the settlor’s lifetime. The trust terminates upon the death of the animal or, if the trust was created to provide for the care of more than one animal alive during the settlor’s lifetime, upon the death of the last surviving animal.

New York in 1996 added a trust for a pet. Section 7-8.1 of the Estates, Powers and Trusts Law, entitled “Honorary Trusts for Pets,” provides that a trust for the care of a designated domestic or pet animal is valid. The trust must end at the earlier of 21 years or the death of the pet.

## § 4. Federal Tax Impact on Trust Law in the United States.

Although all trusts are governed by the law of an individual state, and there is no federal law on trusts

#### Note:

(105) For example, the author has seen language requiring a beneficiary to complete higher education within a certain number of years, and with a minimum grade achievement.

(106) Restatement (Third) of Trusts § 29 (c) cmt. 1.

(107) 179 N.Y. 112, 71 N.E. 748 (1904).

(108) See Hayton, *supra*, note 2, § 58.2.

(109) See Hayton, *supra*, note 2, at 207-13.

(110) J. A. Rosenberg, Supplemental Needs Trusts for People with Disabilities: The Development of a Private Trust in the Public Interest, 10 B.U. Pub. Int. L.J. 91, 93, (2000).

(111) N.Y. Child Performer Trust Account Law § 7-7.1 (McKinney 2004). This law became effective March 28, 2004. *Id.*

(112) *Id.*

(113) See generally C. Cave, Trusts: Monkeying around with our Pets’ Futures: Why Oklahoma should Adopt a Pet-Trust Statute, 55 Okla. L. Rev. 627 (2002). On the more general topic of “purpose” trusts, see A. A. Bove, Jr., The Purpose of Purpose Trusts, Prob. & Prop. 34-37 (May/June 2004).

(114) See Unif. Probate Code § 2-907 (1998) (stating that the trust must terminate at the death of the last pet.).

(115) It is possible to search the UPC and a particular state at [www.nccusl.org](http://www.nccusl.org).

– the federal Internal Revenue Code (hereinafter IRC) has a number of provisions that result in the creation of trusts that must contain certain provisions in order to obtain certain tax benefits. These trusts are often referred to with reference to the applicable tax provisions, as described below.

**a. Marital Trusts**

These are trusts that include the provisions required by IRC Section 2056 or 2056A in order to receive a marital deduction from the federal estate tax. In all of them the only beneficiary during the surviving spouse's lifetime must be the surviving spouse, and all of the trust income must be paid to him or her at least annually.

*i. General Power of Appointment Trust*

IRC Section 2056 (a) (5) provides that the surviving spouse must have a general power of appointment. In other words, he or she must have the right to designate the recipient/s of any trust balance remaining at the death of the surviving spouse.

*ii. QTIP (Qualified Terminable Interest Property) Trust*

In light of an increasing number of second (and third) marriages, Section 2056 (a) (7) was added, permitting the first spouse to designate the recipients of any trust balance remaining at the death of the surviving spouse.

*iii. QDOT (Qualified Domestic Trust)*

In 1988 Congress passed a special provision that denies any marital deduction if the surviving spouse is not a U.S. citizen, unless the marital bequest is held by a Qualified Domestic Trust, as described in new IRC 2056A. The estate tax that would have been due on that property is imposed whenever principal distributions (other than for hardship) are made, and on the balance of any remaining trust assets at the death of the surviving spouse.

**b. Exemption Amount (“Credit Shelter”) Trusts**

Many wills (or revocable trusts) create a trust to hold whatever amount would be exempt from the federal estate tax at the time of death, so that the trust fund can avoid being taxed in the subsequent estate of the surviving spouse. In 2004 that amount is a maximum of \$1.5 million. That trust is often referred to as a credit shelter or by-pass trust.

**c. Section 2503(c) Trusts and Crummey Trusts**

Many parents and grandparents want to use the

annual exclusion from the gift tax but would prefer not to make a present gift to a child. IRC Section 2503(c) provides that gifts to trusts with these specified provisions can qualify for the annual exclusion from the gift tax (which otherwise would require that the gift be an outright, present gift). The child must be able to withdraw the entire amount at age 21. Many prefer a later age, and achieve a similar result by using a Crummey Trusts (named after the clients who used them successfully) which are trusts that contain a withdrawal right each year to make a gift to the trust a present gift (since it can be withdrawn).

**d. Generation-skipping Transfer Trusts**

There is an additional federal transfer tax on transfers that skip a generation(116). This generation-skipping transfer tax (GST) has an exemption of \$1 million (per transferor not per recipient). Many of the dynasty laws discussed above were enacted to entice the location of a GST Exempt trust in a state in which the principal could compound indefinitely. As discussed above, South Dakota was the first state to actively promote these.

**e. QPRT (Qualified Personal Residence Trust)**

There is an unusual trust that can result in lowering the gift tax when a personal residence is transferred to a trust and the settlor has the right to live in the residence for a certain period of time (which will reduce the current value of the future gift to other family members)(117). These are referred to as “QPRT”s.

**f. Charitable Trusts**

Finally, a number of trusts contain provisions that are required by the Internal Revenue Code in order to obtain a charitable tax deduction (from the income tax or the estate tax).

*i. Wholly Charitable Trusts*

IRC Section 170 (income tax) and Section 2055 (estate tax) contain the requirements for a charitable trust to qualify for the deduction. The income tax deduction is limited. The estate tax deduction has no limit.

*ii. Split-Interest Charitable Trusts*

There are two kinds of split-interest charitable

**Note:**

(116) IRC Ch. 13 (2003).

(117) See IRC § 2702 (a)(3)(A)(ii) (2003).

## Saggi

trusts: charitable remainder trusts and charitable lead trusts. In the first, and most common, a family member has the first interest in the trust, after which the charity receives its interest. The calculated present value of the charity's future interest can qualify for a current tax deduction(118). In the second type, the charity has the first interest, after which a family member receives the trust interest (either outright or in continued trust). In these the value of the charity's interest will be subtracted from the value of the taxable gift made to the family members.

### g. Other Tax-related Trusts

A number of other trusts are used and named in relation to various tax provisions or for tax-planning purposes, including:

1. Life Insurance Trusts (Irrevocable-to keep the proceeds from being included in a taxable estate.)
2. Grantor Trusts (settlor continues as taxpayer)
3. Simple Trusts (income is required to be distributed)(119)
4. Complex Trusts (income may be accumulated) (120)
5. Grantor Retained Annuity Trusts (GRATs)
6. Pension Trusts (an enormous amount of all investments are now held in retirement trust funds).

## § 5. Applicable Law.

It is possible to have the settlor reside in jurisdiction A at the time of making the trust, and later move to jurisdiction B. The co-trustees may live in C and D (and may themselves move). The beneficiaries may live in E, F and G (and, of course, may also move). The assets may be in H, I and J. Which law will apply to decide whether or not a trust is valid?

As acknowledged with some understatement in the Law of Trusts and Trustees(121) "There is a large body of law with regard to these questions and the decisions are not entirely harmonious"(122). The selection of governing law, given the number of jurisdictions in the United States, is not simple.

## § 6. Conclusions.

One conclusion is that the lack of uniformity in trust law among the various jurisdictions in the United States is likely to increase, due to the

perceived attraction of profiting from increased trust business in a state with more enticing trust law(123). A related conclusion is that as the legislative acts continue to loosen the very meaning of a trust, one can expect the courts to become more active in refusing to validate provisions either as against public policy or as failures to comply with traditional definitions of a trust.

*As Scott predicted, in the United States this great adventure in trust law will go on.*

### Note:

(118) See IRC § 664 (2003).

(119) See IRC § 652 (2003).

(120) See IRC § 662 (2003).

(121) G. G. Bogert & G. T. Bogert, *Trusts and Trustees* (2d ed. 1992).

(122) *Id.* § 211, at 142-43.

(123) For an elaborate economic analysis of the perceived state benefits, see S. E. Sterk, *Asset Protection Trusts: Trust Law's Race to the Bottom?*, 85 *Cornell L. Rev.* 1035, 1074. According to Sterk:

"Jurisdictional competition is likely to lead a number of jurisdictions to adopt trust law rules that those jurisdictions would not otherwise adopt—rules that, historically, those jurisdictions have long rejected. Those rules may undermine the policy of the enacting state without generating any compensating efficiency advantages and are likely to undermine other states' policies without generating compensating benefits".  
*Id.*

# The Reporting of Lawyers Under English Law

di Clare Maurice - Jason Mansell

SUMMARY: § 1. Introduction. – § 2. The Proceeds of Crime Act 2002. – § 3. Defensive Reporting. – § 4. Mandatory reporting. – § 5. Reporting to the MLRO. – § 6. Making an NCIS report. – § 7. Obstructing Justice Offences. – § 8. The Terrorism Act 2000. – § 9. Conclusion.

## § 1. Introduction.

1.1 Recent legislation in the United Kingdom has expanded, strengthened and consolidated the law on money laundering and terrorist financing. The United Kingdom's response to these twin evils is largely as a result of international developments and, in particular, the work of the Financial Action Task Force (FATF) which was established in 1989 to respond to growing international concern about money laundering.

1.2 FATF is an inter-governmental body which is concerned with the development and promotion of macro policies to combat money laundering. Money laundering has been an international concern for some time. However, two events have, in recent years, brought it to the top of the international political agenda, namely:

a) the activities of General Sani Abacha, the former President of Nigeria, who was found to have sent US\$3bn of the Nigerian Government's money to bank accounts abroad; and

b) the attack on the World Trade Centre in New York on 11th September, 2001 which has put the spotlight on terrorist financing.

1.3 These two events have led to FATF's 40 Recommendations to combat money laundering being adopted by an increasing number of countries. In addition, FATF has now published eight Recommendations to combat terrorist financing. Internationally, countries do not wish to be designated by FATF as a Non Co-operative Country or Territory (NCCT) because of the commercial disadvantages that such a designation would inevitably bring.

1.4 Part of the United Kingdom's response to the FATF Recommendations has been driven by Europe. The European Community (EC) has implemented some of FATF's 40 Recommendations by adopting the Second EC Money Laundering Directive (the Second Directive), which has extended the existing anti-money laundering requirements for financial institutions to the activities of other professions, such as lawyers and accountants. Each Member State of the EC was responsible for implementing the Second Directive through its own national law. Across Europe progress has been mixed. Germany enacted legislation in 2002 but in France and Italy the domestic legislation has still to be enacted. However, somewhat later than planned, the Second Directive was implemented in England and Wales through the Money Laundering Regulations 2003 (the Regulations) which took effect on 1st March, 2004. The major impact of the Regulations is to expand the definition of the regulated sector and thus extend the coverage of the anti-money laundering administrative requirements in the United Kingdom to a wide range of activities that are carried out by lawyers.

1.5 As a consequence, lawyers are now required to make more reports to law enforcement agencies about their clients in more situations. The effect on the lawyer-client relationship is significant and raises real issues for lawyers acting for clients that may be involved in a transaction that has money laundering risks or where there is a concern that the client has at any time been engaged in criminal activity.

1.6 The United Kingdom has implemented the requirements of the other FATF Recommendations through the Proceeds of Crime Act 2002 (PoCA)

.....  
**Nota:**

Clare Maurice e Jason Mansell sono Associates dello studio legale Allen & Overy, Londra.  
Il testo riproduce la relazione, con modificazioni, presentata al Congresso della International Academy of Estate and Trust Law, svoltosi a Praga il 24-26 maggio 2004.

## Saggi

and the Terrorism Act 2000 (as amended by the Anti-Terrorism (Crime and Security) Act 2001).

1.7 PoCA came into force on 24th February, 2003. The Act consolidated and significantly strengthened and extended the statutory regime concerning money laundering. The former legislative regime in the United Kingdom only criminalised money laundering in respect of serious (indictable) crimes and drug trafficking<sup>(1)</sup>. The legislation was confusing, unnecessarily complex and in certain respects contradictory. PoCA sought to consolidate and simplify the two anti-money laundering regimes. The core money laundering offences now relate to the proceeds of any criminal activity, whereas previously they were restricted to activities relating to drugs, terrorism and serious (indictable) crime. The *mens rea* for all the core money laundering offences is now the same.

1.8 PoCA creates a range of criminal offences for which both a law firm and individual lawyers may be liable. The Terrorism Act 2000 has established similar offences in relation to terrorist money laundering.

### § 2. The Proceeds of Crime Act 2002.

2.1 PoCA is the principal source of anti-money laundering legislation in the United Kingdom. It imposes criminal penalties on firms and individuals for any failure to comply with its provisions. Certain sections of PoCA apply to the population at large, other sections are of specific application to those who work in the regulated sector, which for certain activities now includes the work of lawyers. Both PoCA and the Regulations have a significant impact for the legal profession and the right of a client to confidentiality.

2.2 In general terms and subject to some statutory defences, lawyers are now required to make a report to the National Criminal Intelligence Service (NCIS), the United Kingdom agency that is responsible for co-ordinating intelligence relating to money laundering in two circumstances:

a) where they wish to carry out an act in connection with property which they know or suspect, in whole or in part, is or is derived from the proceeds of crime and requires a consent from law enforcement to carry out the act; and

b) where they know or suspect or have reasonable grounds to know or suspect that a person is engaged

in money laundering and that information came to them during the course of business in the regulated sector.

In order properly to understand the reporting obligations under PoCA it is necessary to recognise that these are two distinct separate reporting obligations, a defensive reporting regime under the general criminal law and a mandatory regime by virtue of law firms carrying out activities which fall within the definition of the regulated sector.

2.3 Under these distinct and separate regimes, not only do lawyers have to report information that may be confidential, they must also do so of their own initiative and usually without telling the client. Therefore, the PoCA requirements seriously undermine the confidentiality of the lawyer/client relationship.

2.4 PoCA sets out the obligations on lawyers to report on their clients, clients' business partners or indeed any person. Notwithstanding the fact that PoCA was designed to be a consolidating statute, it brings with it a very complex set of obligations. It is vital that all lawyers practising in the United Kingdom have a working knowledge of the law and their obligations. Getting the law wrong may result in a prison sentence.

### § 3. Defensive Reporting.

3.1 Under sections 327-329 of PoCA there are three core money laundering offences. Any person who:

a) conceals, transfers or converts criminal property<sup>(2)</sup>;

b) is concerned in an arrangement to facilitate the acquisition or retention, use or control of criminal property by another<sup>(3)</sup>; and

c) acquires, uses or possesses criminal property<sup>(4)</sup> commits an offence for which they can be imprisoned for up to 14 years, face an unlimited monetary fine, or both.

.....  
**Note:**

(1) Under the Criminal Justice Act 1988 (as amended) and the Drug Trafficking Act 1994.

(2) Section 327.

(3) Section 328.

(4) Section 329.

3.2 It is significant that the core money laundering offences are wider than what is commonly understood to constitute money laundering. Property is considered criminal property if it constitutes in whole or in part, directly or indirectly, a person's benefit from criminal conduct and the alleged offender knows or suspects that it constitutes or represents such a benefit(5). Strange as it may seem, someone who steals a can of baked beans from Tesco is also a money launderer under English law.

3.3 Similarly, PoCA makes no distinction between degrees of criminal property. An illegally obtained sum of £1 is no less susceptible to the definition of criminal property than a sum of £1 million. Further, in theory, the extent to which property is derived from the proceeds of crime makes no difference, although the less it is in fact derived from crime the more difficult it will be to prove the requisite knowledge or suspicion.

3.4 The proceeds of all crime are now caught by the definition of criminal property and not simply certain specified crimes. The definition includes all property wherever it is situated and includes money; all forms of property, real or personal, charitable or moveable; things in action; and other intangible or incorporeal property(6).

3.5 It can be seen that the definition of criminal property dependent upon the definition of criminal conduct. Criminal conduct is widely defined as an act which constitutes an offence in any part of the United Kingdom or would constitute an offence in any part of the United Kingdom if it occurred there(7). This means that an activity that is legal in another jurisdiction could nonetheless be considered to be criminal conduct if that activity would be illegal in the United Kingdom. In practical terms this creates enormous difficulties for United Kingdom businesses operating overseas as the extra-territorial reach of the United Kingdom's anti-money laundering requirements imposes higher standards than may be the conventional market practice in the jurisdiction where a company may be operating.

3.6 The *mens rea* of each core offence under PoCA is knowledge or suspicion. Knowledge is actual knowledge. Suspicion is something less and is less than belief; it amounts to a factual foundation to suspect. The knowledge or suspicion must relate to some or all of the criminal property. A more general

concern about criminal activity that is not allied to a suspicion that specific funds that are being received are tainted will not be sufficient to give rise to criminal liability. However, a general concern about criminal activity may be evidence from which knowledge or suspicion about specific property received could be inferred by a jury. In addition, it may also trigger a mandatory reporting obligation under PoCA.

3.7 It is no defence to a money laundering offence for a person to plead that they erroneously suspected that funds that they received are the proceeds of one type of criminal conduct but are actually the proceeds of another type of criminal conduct. It is sufficient that the funds were suspected to have derived from some form of criminal activity.

3.8 Consequently, virtually any act in connection with criminal property may bring a lawyer within one or other of the core offences. Moreover, the arrangement offence(8) has been widely interpreted. In the case of *P v P*(9) it was held that that an arrangement offence would be committed merely by entering into negotiations in connection with suspected "criminal property".

3.9 In *P v P*, one party's legal adviser had reported the client of the other side to NCIS for what appeared to be tax evasion. The legal adviser had submitted a report and sought a consent under section 328 of PoCA. The court made it clear that an arrangement offence can be committed even if no money passes through the solicitor's client account. The court provided extensive guidance on the offence, including: that the size of the financial benefit from the criminal conduct is irrelevant; where the criminal conduct took place is irrelevant so long as it would have been a crime in the United Kingdom; and that all criminal offences from which criminal property can arise are covered, including tax evasion.

3.10 Where a lawyer has knowledge or suspicion that a matter involves criminal property, failure to obtain consent from NCIS to carry out any of the

Note:

(5) Section 340(3).

(6) Section 340(9).

(7) Section 340(2).

(8) In section 328.

(9) [2003] EWHC Fam 226.

## Saggi

acts specified in the core offences may expose them to criminal liability.

3.11 This obligation is not new. The core offences apply to the population at large. However, bringing the legal profession into the regulated sector has served to focus peoples' minds on the broad nature of the core offences as never before. In legal terms, there is no obligation to make a report under any of the core offences. However, a lawyer wishing to carry out any of the acts specified(10) who knows or suspects that the property in connection with which he wishes to do the act is criminal property will commit an offence unless he has consent from the NCIS. The wide range of acts that the core offences cover mean that there are many instances where carrying out a client's instructions without obtaining consent from NCIS could expose lawyers and their law firms to criminal sanctions.

3.12 Lawyers are therefore required to report such matters to NCIS in order to avail themselves of a defence to an allegation that they have committed a core offence. Following a report to NCIS it is essential that the act for which consent was sought is not carried out. This can impact on the client, as he may be very anxious for the transaction to proceed. Care must be taken as to what a client is told after a report has been made because it is a criminal offence to "tip off" someone by telling them that a report has been made to NCIS. Therefore, lawyers may need to stall the transaction and be circumspect in their dealings with their own client.

3.13 Until consent has been received from NCIS to carry out the act for which consent was sought the act cannot take place. However, PoCA contains a procedure whereby consent can be deemed to have been given following the expiry of certain time limits. On receipt of a report NCIS has seven working days to decide whether to grant consent(11). During that period, telling the client of the report may of itself constitute an offence. If during that period NCIS informs the lawyer making the report that the transaction cannot proceed, there then follows a further 31 day period during which law enforcement can seek to obtain through the Civil Courts a freezing order over the suspected criminal property(12). As a matter of practice, the concern about tipping off has, at that point, usually abated and a form of words can usually be agreed with law enforcement as to the appropriate message to be delivered to the client.

3.14 Where a consent is obtained from NCIS there is no offence. However, having consent is one of the few defences to criminal liability under the core offences. Significantly, under the core offences privilege is not a defence. This is not surprising because by not obtaining consent a lawyer is committing a core money laundering offence.

3.15 Other defences are available under the core offences and in certain circumstances it is possible for a report to be made retrospectively. However, the safest course is for lawyers to seek consent from NCIS before the act is carried out.

3.16 While no criminal offence will be committed, continuing to act for a client in connection with suspected criminal property is not without its risks as the firm and the lawyers involved could be liable as a constructive trustee should any third party be able to establish that they have a claim against the criminal property. In addition, the firm will also need to consider whether continuing to act for the client in such circumstances is outweighed by the reputation risk.

3.17 As with all major legislation, PoCA has its quirks. Under section 329, but not sections 327 or 328, there is a statutory defence that adequate consideration was given for the suspected criminal property in question. In practice this could lead to nonsensical results. A client that has paid adequate consideration for property that may be criminal is not required under section 329 to make a report to NCIS because of the payment that he has made for the property. However, a lawyer facilitating the arrangement may still be required to report the transaction(13). This result has led commentators to argue that the adequate consideration defence that is available under section 329 must be inferred into the other core offence provisions to avoid the implications of no such inference. In any event, the situation highlights the need to be alert to the risks of failing to report. The defence should also protect lawyers who accept payment for their legal services where they know or suspect that the money from

.....  
**Note:**

(10) In sections 327-329.

(11) Section 335(5).

(12) Section 335(6).

(13) Under section 328.

which their fees are being paid are derived in whole or in part from criminal conduct.

#### § 4. Mandatory reporting.

4.1 While the mandatory reporting obligation has been in force since February, 2003, lawyers have only been subject to it since 1st March, 2004, when the definition of regulated sector was expanded to include the provision of legal services by way of business which involves participation in a financial or real property transaction. Other activities carried out by lawyers, for example, tax advice and services relating to the operation of trusts, are also included in the regulated sector for the first time.

4.2 For activities within the regulated sector, law firms are under various onerous anti-money laundering requirements. These requirements are contained in the Regulations and require a firm to:

- a) appoint a nominated officer or Money Laundering Reporting Officer (MLRO) to receive reports from staff and act as liaison between the firm and NCIS;
- b) identify its clients;
- c) comply with onerous record keeping requirements; and
- d) train its staff in connection with anti-money laundering issues.

4.3 It is a criminal offence(14) under PoCA to fail to disclose information that gives rise to knowledge or suspicion or to reasonable grounds for knowing or suspecting that another person is engaged in money laundering. However, the application of the offence is limited to circumstances where the person became aware of the information in the course of carrying out business in the United Kingdom regulated sector(15).

4.4 Unlike the defensive reporting obligation considered in section 3 of this paper, where the suspicion is about property, the mandatory reporting obligation is triggered where there is knowledge or suspicion that a person is engaged in money laundering. As the suspicion is about a person, not the property, the mandatory reporting obligation may be completely unconnected to the matter about which the lawyer is advising.

4.5 The test is objective and liability for not reporting is determined by comparing the lawyer to his or her peers in deciding whether there were reasonable grounds for knowledge or suspicion of money

laundering. By making the test objective rather than subjective, the United Kingdom has effected legislation that places lawyers under an obligation to report activities of their clients or others, not only where they in fact have knowledge or are suspicious but also where they may feel that other lawyers would be likely to make a report. In effect, the lawyer's responsibility for failure to report is a negligence-based test.

4.6 As said earlier, the definition of money laundering also includes acts committed by the primary offender. The obligation to report does not only extend to those whom the lawyer knows or suspects are trying to wash "dirty money". The reporting obligation applies to anyone whom the lawyer knows or suspects is engaged in criminal conduct from which benefits are obtained as such conduct is an act of money laundering as defined.

4.7 The definition of money laundering is identified as an act that constitutes a core offence(16) under PoCA as set out above, and includes attempts, conspiracies and incitement to commit any of these offences. Equally, the subject of the disclosure could be any person or organisation. It could be the client or the person with whom that client has dealings or is proposing to have dealings, or anyone else. The suspicion may be related to the matter on which a lawyer is advising or it may be completely unconnected to that matter.

4.8 There is no mandatory obligation to report where the lawyer is not carrying out activities within the regulated sector. Nonetheless, not making a report exposes the individual to imprisonment for a maximum of five years and/or an unlimited monetary fine. This means that law firm policies tend to err on the side of caution and require their lawyers to report to the MLRO wherever there is a suspicion, irrespective of the nature of the activity that gives rise to the need to report. The MLRO can then make a decision about whether the subject matter requires a report to NCIS(17), whether it falls outside the domain of the regulated sector or whether a statutory defence for not reporting can be relied upon.

.....  
**Note:**

(14) Under section 330.

(15) These specified activities are set out in Schedule 9 to PoCA.

(16) Under sections 327-329.

(17) Under his section 331 obligations.

## Saggi

4.9 There are statutory defences available to an allegation of failing to report knowledge or suspicion of money laundering. Under section 330, the statutory defences available when deciding whether to make a report are: having a reasonable excuse for not reporting; or where the information or other matter came to the professional legal adviser in privileged circumstances. A professional legal adviser includes non-qualified employees of a law firm who may receive such information.

4.10 To assist lawyers as to the scope of their reporting obligation and their obligations under anti-money laundering legislation generally the Law Society, (the regulator of the legal profession in England and Wales) has issued “The Law Society’s Money Laundering Guidance”(18) (the ML Guidance). The ML Guidance defines privileged circumstances as where the professional legal adviser learns of the information or other matter that may constitute an offence under section 330 when he is giving a client legal advice, a person is seeking legal advice from the professional legal adviser, or where he learns of it from a person in the context of actual or contemplated legal proceedings(19).

4.11 Whether the privileged circumstances defence is available depends on the facts of the case. Recent cases have created a lot of uncertainty as to what is or is not privileged under English law. In general terms, there are two types of legal privilege, litigation privilege and legal advice privilege. Where litigation is in prospect or pending, litigation privilege will apply to communications between each of the lawyer, the client and any third party, provided the dominant purpose of the communication is in connection with the litigation. However, where the fee earner is merely giving legal advice, legal advice privilege will only apply to communications between the lawyer and the client where the dominant purpose of the communication was the giving of legal advice. Presentational advice is not protected by legal advice privilege.

4.12 Even if it is not necessary to make a report to NCIS under the mandatory reporting obligations, it may subsequently be necessary for a report to be made to NCIS when the fee earner wishes to do any of the acts specified in the core offences, should he know or suspect that the acts involve criminal property.

4.13 There is no privileged circumstances defence

available to the MLRO in determining whether he is under an obligation to make a report to NCIS(20). However, the Law Society’s view is that where the MLRO receives a report from a fee earner which was based on information received in privileged circumstances, the MLRO would be entitled to rely on the statutory defence of reasonable excuse as justification for not making a report. Since a senior prosecutor was a member of the group that drafted the ML Guidance, it is likely to be very safe for a firm to adopt the Law Society’s interpretation of the reasonable excuse defence in these circumstances(21). It is unlikely that a firm would ever be prosecuted if it followed the Law Society’s guidance. There is no other guidance as to what would constitute a reasonable excuse under sections 330 and 331. Whether the defence is available depends on the facts of the case.

4.14 Even if a statutory defence is available, the MLRO may nevertheless decide that it is appropriate to make a report to NCIS. PoCA provides that no action for breach of confidentiality will arise where a report has been made to NCIS. However, there is some ambiguity as to whether the defence will apply in circumstances where a report is strictly not required. There are important implications for the lawyer’s duty of confidentiality in this regard. However, we consider that a court would be reluctant to hold that making a report in such circumstances would breach client confidentiality. In the context of a bank’s obligations, the case of *Tournier v National Provincial and Union Bank of England*(22) provided that where there is a duty to the public to disclose and/or where the interests of the client require that disclosure be made, no action for breach of confidentiality will arise. Reporting suspicions of money laundering even where there is no positive obligation to do so is likely to fall within the *Tournier* exceptions and we believe that the Court would have little difficulty in extending the

.....  
**Note:**

(18) The Law Society’s Money Laundering Guidance for Solicitors (Pilot - January 2004).

(19) See 4.6 of the ML Guidance.

(20) Under section 331.

(21) See 4.36 of the ML Guidance.

(22) [1924] 1KB 46.

provision in light of recent anti-money laundering developments.

## § 5. Reporting to the MLRO.

5.1 In order for an employee to comply with their reporting obligations under PoCA, they must disclose the details of their suspicions to the MLRO or NCIS. In relation to the reporting obligation under section 330 of PoCA, the report must be made as soon as is reasonably practicable.

5.2 Under the Regulations, reporting procedures must be laid down in the firm's policies and strictly followed. Once the MLRO has received a report from an employee, it will be for him or her to decide whether to make a disclosure to NCIS in relation to those circumstances. If the report also seeks consent to act, the MLRO will seek consent from NCIS at the same time.

## § 6. Making an NCIS report.

6.1 Reports to NCIS by the MLRO should be made on a standard form but in cases of urgency a hotline number exists and NCIS is content for the MLRO to call ahead requesting that the matter be fast-tracked. The sections contained in the NCIS disclosure form show that the individual's details, account and transaction information and the reasons for knowledge or suspicion must be set out. The report may be rejected if the reasons for suspicion are not explained. In doing so, the background to the matter is required. Reports are also required to include as much information as possible about the suspected person or organisation. In terms of client confidentiality, this means that where the disclosure does not cause NCIS to investigate, considerable information about the client may have been provided to NCIS nonetheless.

6.2 Where the firm has made a report under section 330 about one of its clients it should consider ceasing to act. There can be severe practical difficulties in continuing to act for a client where a report to NCIS has been made about the client. While there is nothing ethically wrong in the lawyer continuing to act, provided usual ethical considerations are observed, continuing to act can create practical difficulties. In particular, unless it can be said that there are no concerns about any monies involved in the matter, the firm would need

to obtain a consent from NCIS each time it wished to carry out any acts in connection with the client's funds. As a matter of practice NCIS does not give general consents to lawyers to act for a client, as the consent obtained is to carry out an act in connection with suspected criminal property.

6.3 Where the firm has made a section 330 report about a third party, the report will not generally affect the firm's ability to continue to act for its client. Should the client wish to deal financially with the subject of the NCIS report, a consent from NCIS under the core offences may be required.

6.4 Where the MLRO has made a report to NCIS about a client and the firm has actual knowledge (as opposed to mere suspicion) that the client's property is criminal property, the firm should withdraw and should not continue to act for the client. In such circumstances, in any litigation, the firm could not put forward a case that the client's property is not criminal property in view of the solicitor's professional conduct obligations(23).

6.5 Where the firm merely suspects that the client's property is criminal property the firm can continue to act for the client. In such circumstances the firm should seek a consent from NCIS before doing anything covered by sections 327-329.

## § 7. Obstructing Justice Offences.

7.1 Not only are lawyers now required to inform NCIS, they may also be under an obligation not tell their client that they have done so.

7.2 PoCA prohibits "tipping off"(24), which is where a person knows or suspects that a disclosure of suspected money laundering has been made either to the MLRO or to NCIS, and makes a disclosure to another person (whether the individual under suspicion or otherwise), if that disclosure is likely to prejudice any investigation that may be conducted following a disclosure to NCIS.

7.3 PoCA also makes it an offence to prejudice an investigation(25), which is considered to occur

### Note:

(23) Under Rules 16.02, 16.07 and 21.20. See the Guide to the Professional Conduct of Solicitors at <http://www.guide-online.lawsociety.org.uk/>.

(24) Section 333.

(25) Section 342.

## Saggi

when a person, knowing or suspecting that a money laundering investigation is being or is about to be undertaken makes a disclosure that is likely to prejudice the investigation, or falsifies, conceals, destroys or disposes of documents that are relevant to such an investigation.

7.4 The maximum punishment for these offences is imprisonment for five years, an unlimited monetary fine, or both.

7.5 As is clear from the above definitions, the obstructing justice offences under PoCA are complex. The default position for any lawyer who has made a report to the MLRO is not to tell the client anything about that or about a potential referral to NCIS. This restriction is necessary as it is an offence for a lawyer who knows or suspects that a report has been made to NCIS to disclose the fact that a report has been made if the disclosure is likely to prejudice any investigation that might be undertaken. In addition, it is an offence for a lawyer, knowing that an “appropriate officer” is acting or proposing to act in connection with a confiscation, money laundering or civil recovery investigation that is being or is about to be carried out, to make a disclosure likely to prejudice an investigation.

7.6 Where a report has been submitted about a client, the fact of the report should only be mentioned to the client if it is “necessary or appropriate”. Given the potential criminal liability for the lawyer under PoCA, the risk of tipping off should be their primary concern.

7.7 Even where it is felt necessary and appropriate to inform the client about the report to NCIS, NCIS has stated that it would prefer that the solicitor refrain from making any reference to the client about the report for at least seven working days. The Law Society considers that this period is short enough not to compromise the solicitor’s duty not to withhold information(26). I would suggest that under no circumstances should the client be told about the report to NCIS in this seven working day period.

7.8 Where the person about whom the report has been submitted is not the client but a third party, the risk of tipping off is reduced and it may be felt more necessary and appropriate to inform the client. Again the preferred approach of NCIS is that the lawyer refrain from making any reference to the client for at least seven working days. Generally, this preferred approach should be followed. However, there may be circumstances, e.g. when a request for

consent is being made on behalf of both the client and the firm to carry out an act specified in the core offences, where it is appropriate for the client to be informed. In such circumstances, the client’s instructions should be taken and he should also be informed whether the application was successful or not.

7.9 In all circumstances where the client is informed that a report has been submitted to NCIS the lawyer should explain the offences(27) to his client to reduce the risk that the client may tip off the subject of the report(28).

7.10 In some situations it may be necessary to seek a consent from NCIS on behalf of the firm and the client. For example, this would include a situation where the firm is acting for a claimant in a fraud case. When the firm enters into settlement negotiations with the defendant a consent may need to be sought for the firm(29) and for the client(30). In such circumstances, the report for the firm and the client may be submitted together.

## § 8. The Terrorism Act 2000.

8.1 The provisions of the Terrorism Act 2000 largely mirror the offences under PoCA. The substantive offence of “terrorist money laundering”(31) prohibits conduct in which a person, knowing or suspecting that property is terrorist property, becomes involved in an arrangement that facilitates the retention or control of terrorist property by or on behalf of another person.

8.2 Terrorist property is defined as money or other property which is likely to be used for the purposes of terrorism or which constitutes the proceeds of the commission of acts of terrorism or of acts carried out

### Note:

(26) See Annex 3, paragraph 29 of the ML Guidance.

(27) In sections 333 and 342.

(28) More detailed guidance can be found in the Law Society’s guidance to *P v P* found at Annex 3 of the ML Guidance. NCIS has also produced guidance in relation to disclosures by the legal profession found at Annex 4 of the ML Guidance.

(29) Under section 428 (being concerned in an arrangement).

(30) Under section 329 and section 329 (taking possession).

(31) Section 18.

for the purposes of terrorism. The maximum punishment for this offence is imprisonment for 14 years, an unlimited monetary fine, or both.

8.3 It is also a criminal offence for a person to fail to disclose to the MLRO information about suspected terrorist money laundering if the person knows or suspects, or has reasonable grounds to know or suspect, that an offence has been committed under the Act(32). The maximum punishment for this offence is imprisonment for five years, an unlimited monetary fine, or both.

### **§ 9. Conclusion.**

9.1 As has been shown, there are now a large number of situations in which lawyers may need voluntarily, and on their own initiative, to disclose confidential information about clients to law enforcement agencies in order to protect themselves

from criminal liability. Whilst the recent legislative changes have widened rather than revolutionised disclosure obligations, the extent of the changes is very significant. More and more, lawyers will find that there is a conflict of interest between avoiding personal and firm liability and the protection of confidentiality for clients.

9.2 Not only are the new obligations complex, but also the boundaries of the provisions remain unclear. This combination puts lawyers on the defensive, encouraging disclosures that provide NCIS with information that it may not need or require as lawyers seek to avoid criminal liability under the new rules. In the United Kingdom, a sledgehammer has been used to crack a nut.

.....  
**Nota:**

(32) Section 21A.

# Autonomia privata, “fondo fiduciario” e diverse tipologie di trust nella separazione e nel divorzio – I parte

di Tommaso Arrigo

**SOMMARIO:** § 1. Premessa. Il rapporto tra gli aspetti internazionalprivatistici e gli aspetti sostanziali nei trust per coniugi in crisi. – § 2. Il ruolo attuale dell'autonomia privata nell'interpretazione giurisprudenziale e dottrinale della disciplina della crisi della famiglia. – § 3. Il trust come “fondo fiduciario”.

## § 1. Premessa. Il rapporto tra gli aspetti internazionalprivatistici e gli aspetti sostanziali nei trust per coniugi in crisi.

Per affrontare la tematica dell'impiego dello strumento del trust nella crisi della famiglia occorre in primo luogo considerare i rapporti tra gli aspetti internazionalprivatistici e gli aspetti sostanziali che vengono in rilievo.

L'impiego dello strumento del trust, infatti, si innesta su rapporti tra coniugi in crisi disciplinati dalla loro legge regolatrice, ovvero, per la presente indagine, dalla legge italiana, comportando il sorgere quindi di un apparente “conflitto di leggi”, legge del trust e legge della separazione e del divorzio, come conseguenza della complessità della fattispecie che interessa, caratterizzata appunto dalla presenza di rapporti attinenti ai coniugi e di rapporti attinenti al trust.

Questa duplicità di rapporti risulta particolarmente evidente quando il trustee sia un soggetto terzo ai coniugi in crisi, ma la situazione non muta quando invece sia uno dei coniugi, in quanto, in entrambe le ipotesi, il piano dei rapporti derivanti dalla separazione e dal divorzio ed il piano dei rapporti derivanti dal trust risultano autonomi, seppure correlati nella maniera qui descritta.

Con riguardo alle norme di conflitto applicabili in Italia, i rapporti tra coniugi in crisi sono disciplinati dall'art. 31 della L. 31 maggio 1995, n. 218 di riforma del diritto internazionale privato, mentre i rapporti riguardanti il trust sono disciplinati dalla legge richiamata ai sensi della Convenzione de L'Aja.

Peraltro, la stessa Convenzione esclude dal proprio ambito di applicazione le questioni riguardanti l'atto di trasferimento dei beni al trustee (art. 4) che rimangono disciplinate dalle norme di conflitto del foro; inoltre, fa salva l'applicazione (art. 15) delle norme imperative richiamate dalla legge di conflitto del foro riguardanti materie diverse da quelle inerenti i rapporti giuridici derivanti dal trust (e quindi anche la materia dei rapporti di famiglia).

Così, nell'ipotesi che interessa di trust interni per regolare i rapporti patrimoniali conseguenti alla separazione e al divorzio, i rapporti tra coniugi in crisi e l'atto di trasferimento dei beni al trustee sono regolati dalla legge italiana, mentre l'atto istitutivo del trust e i rapporti giuridici da questo conseguenti sono regolati dalla legge straniera indicata ai sensi della Convenzione de L'Aja. Pertanto, le questioni riguardanti il trust, che sono regolate dalla legge straniera, si innestano e presuppongono già risolte le questioni riguardanti gli aspetti patrimoniali tra i coniugi in crisi (oltre all'eventuale trasferimento dei beni al trustee), che sono regolate dalla legge italiana, seppure siano a queste ultime correlate nella misura in cui il trust venga impiegato come strumento attuativo degli interessi dei coniugi derivanti dalla separazione e dal divorzio. Allo stesso tempo, le questioni riguardanti l'atto di trasferimento dei beni al trustee sono regolate dalla legge italiana (art. 4), seppure siano correlate a quelle riguardanti l'atto istitutivo di trust,

### Nota:

Tommaso Arrigo è ricercatore confermato di diritto privato e professore supplente di diritto dei contratti internazionali nell'Università di Urbino. Questo articolo rielabora in forma sintetica argomentazioni già svolte in T. Arrigo, L'assegno di separazione e l'assegno di divorzio, in G. Ferrando (cur.), Separazione e divorzio, Torino, 2003, II, 633 e in T. Arrigo, Il trust come “fondo fiduciario” in favore di soggetti deboli, in M. Dogliotti – A. Braun (curr.), Il trust nel diritto delle persone e della famiglia, Milano, 2003, 163, ai quali si rinvia per ulteriori approfondimenti. La seconda parte del saggio sarà pubblicata nel prossimo numero della Rivista.

regolate dalla legge straniera (art. 6), nella misura in cui quest'ultimo fornisca la giustificazione causale al primo in virtù del collegamento negoziale che sarà in seguito considerato.

## § 2. Il ruolo attuale dell'autonomia privata nell'interpretazione giurisprudenziale e dottrinale della disciplina della crisi della famiglia.

L'utilizzo dello strumento del trust per regolare i rapporti patrimoniali della separazione e del divorzio necessariamente presuppone la valutazione di quali siano gli attuali ambiti dell'autonomia privata nella disciplina sostanziale interna della crisi della famiglia (anche in riferimento agli aspetti sostanziali non regolati dalla Convenzione de L'Aja, come indicato nel paragrafo precedente).

In proposito occorre ricordare come l'impostazione tradizionale facesse derivare dal carattere personale e assistenziale dell'assegno di separazione e divorzio la sua tendenziale irrinunciabilità, indisponibilità, intransigibilità, impignorabilità, insequestrabilità e la impossibilità di compensazione o azione surrogatoria da parte dei creditori(1). In realtà, questa impostazione apparteneva alla ricostruzione dogmatica dell'istituto ed era temperata da qualche pronuncia giurisprudenziale, la quale riteneva, con riguardo alla supposta irrinunciabilità preventiva, che la rinuncia fosse ammissibile, salva la facoltà di farne richiesta in seguito in presenza di una situazione di bisogno(2) e che non fossero più esigibili le prestazioni scadute e non tempestivamente richieste(3); inoltre, sulla scia della natura c.d. "composita" dell'assegno, si riteneva fosse irrinunciabile solo la componente assistenziale e non quella compensativa o risarcitoria(4) e non si dubitava della rinunciabilità o cedibilità delle rate periodiche dell'assegno già scadute.

A conferma di questo orientamento tendenzialmente restrittivo, gli accordi sull'assetto patrimoniale di una separazione o divorzio erano considerati con difficoltà come appartenenti all'area del contratto e come compatibili alla disciplina legislativa protettiva degli interessi del coniuge debole.

Tuttavia, una decisa rivisitazione dell'impostazione restrittiva viene sostenuta dalla recente dottrina che sottolinea la emersione di profili di autonomia privata sempre più marcati qualora si ponga attenzione ad alcuni indici presenti nella disciplina vigente della definizione dei rapporti patrimoniali tra coniu-

gi separati o divorziati, quali il principio della domanda di parte, la determinazione convenzionale dell'assegno nel procedimento di separazione consensuale o di divorzio su domanda congiunta e la corresponsione di prestazioni *una tantum*(5); inoltre, un nuovo ruolo dell'autonomia privata deriva dal recente approccio della giurisprudenza agli accordi sull'assegno fuori delle procedure giudiziali.

Di questi si richiamano in termini necessariamente sintetici i profili essenziali in quanto rilevanti per la presente indagine.

Il primo profilo di rilevanza dell'autonomia privata c.d. familiare nell'ambito dei rapporti patrimoniali conseguenti alla crisi della famiglia, è relativo al principio della domanda di parte, per il quale risulta pacifica la considerazione che la corresponsione dell'assegno di mantenimento ex art. 156 cod. civ. e dell'assegno divorzile ex art. 5 L. 1 dicembre 1970, n. 898 (di seguito "l. d.") debba essere richiesta dall'interessato, essendo precluso un intervento d'ufficio del giudice o del P. M. anche nei procedimenti di natura contenziosa(6).

Il secondo profilo è la facoltà concessa alla parti di addivenire ad una determinazione concordata dell'assegno di separazione o di divorzio avvalendosi di

### Note:

(1) Cfr., per un accenno in tal senso, M. Dogliotti, Separazione e divorzio. Il dato normativo. I problemi interpretativi, Torino, 1995, p. 230; per una disamina degli argomenti addotti, si v., già, G. Capozzi, L'assegno periodico al coniuge divorziato, Dir. famiglia, 1971, 161; Id., La funzione del notaio nel diritto di famiglia, con particolare riguardo alla separazione dei coniugi e al divorzio, Dir. famiglia, 1974, 473.

(2) Cass., 6 aprile 1977, n. 1305, Dir. famiglia, 1997, 573.

(3) Cass., 22 febbraio 1966, n. 616, Foro it., 1966, I, 1841; Cass., 7 marzo 1978, n. 1116, Foro it., 1978, I, 1143.

(4) Cass., 3 luglio 1980, n. 4223, Dir. famiglia, 1980, 1133.

(5) La dottrina in proposito è unanime, si v. da ultimo, per tutti, G. Ferrando, Il matrimonio, in Trattato di dir. civ. e comm., a cura di A. Cicu - F. Messineo, Milano, 2002, p. 112; anche G. Bonilini, L'assegno postmatrimoniale, in G. Bonilini - F. Tommaso (curr.), Lo scioglimento del matrimonio, Milano, 1997, 530; G. Oberto, Prestazioni "una tantum" e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio, in Biblioteca del diritto di famiglia, a cura di M. Dogliotti, Milano, 2000, p. 32 s.; V. Carbone, Accordi patrimoniali deflattivi della crisi coniugale, Famiglia e dir., 2000, 430, a p. 435; v. anche C. M. Bianca, Diritto civile. 2. La famiglia. Le successioni, Milano, 2001, p. 263, per il quale le parti possono regolare i loro rapporti patrimoniali mediante un accordo che ha natura di negozio di accertamento, in quanto ha la sua fonte primaria nella legge.

(6) Per tutte, Cass., 11 giugno 1981, n. 3777, Giur. it., 1981, I, 1562, che, nell'ambito della dichiarazione di nullità degli accordi preventivi, afferma l'ammissibilità di una astensione dal concreto esercizio del diritto.

**Saggi**

una procedura non contenziosa, rappresentata dalla separazione consensuale ex art. 158 cod. civ. o dal divorzio su domanda congiunta ex art. 4, XIII comma l. d.(7). La dottrina ha esaltato la portata di tale accordo e ne ha riconosciuto la natura contrattuale, quanto meno nella parte riguardante gli aspetti patrimoniali, pur nella diversa valutazione della presenza di contratti sottoposti al diritto comune ovvero a regole non tanto speciali quanto specifiche dell'ambito nel quale sono destinate ad operare(8). L'accordo tra i coniugi può avere un contenuto ristretto alla determinazione dell'assegno ovvero contenere anche prestazioni reciproche di varia natura, come il trasferimento di beni anche immobili(9).

Il terzo profilo è la possibilità della corresponsione dell'assegno in un'unica soluzione. Questa è prevista espressamente nella disciplina del divorzio che indica la presenza di tre elementi: l'accordo delle parti, il giudizio di equità del tribunale, la preclusione per le parti a ogni successiva richiesta economica. Il primo elemento, l'accordo delle parti, significa che la corresponsione in esame deve necessariamente derivare da una soluzione concordata e non può scaturire invece da una richiesta unilaterale, ovvero da una decisione autoritativa del giudice (come avviene invece in altre esperienze). Il secondo elemento, la valutazione giudiziale di equità, comporta un controllo del giudice non solo sul *quantum* stabilito dalle parti, ma sulla stessa opportunità del ricorso alla liquidazione in un'unica soluzione(10). Il terzo elemento, la preclusione alla proposizione di ulteriori domande di contenuto economico, comporta che tra le parti si sciogla ogni residuo vincolo di natura solidaristica anche avente carattere alimentare ex art. 433 cod. civ.; in altri termini, quest'ultima previsione intende escludere l'applicabilità della clausola *rebus sic stantibus* prevista dall'art. 9 della l. d., che caratterizza invece ogni diversa determinazione dell'assegno sia giudiziale che convenzionale(11).

Per quanto riguarda l'assegno di separazione, no-

**Note:**

(7) In queste procedure i coniugi devono indicare compiutamente le condizioni inerenti ai loro rapporti economici, mentre al giudice è affidato, secondo l'impostazione corrente, un controllo di mera legittimità e non di merito, essendo limitato quest'ultimo al solo controllo delle condizioni riguardanti la prole. In dottrina si è precisato che l'intervento del giudice si giustifica in relazione alla pronuncia di modifica dello *status*, mentre con riguardo agli accordi dei coniugi sugli aspetti patrimoniali l'intervento del giudice non è destinato a salvaguardare un interesse pubblico, poiché queste procedure costituiscono espressione dei principi di eguaglianza tra i coniugi e di privatizzazione del rapporto coniugale, con la conseguenza che

"è l'accordo la fonte di determinazione del regolamento dei rapporti post-coniugali", così, G. Ferrando, *Giudizialità ed extragiudizialità nella crisi della famiglia*, Nuova giur. civ., 2001, 284, a p. 288 s.

(8) Cfr. G. Oberto, *Prestazioni* [supra, nota 5], p. 312; Id., *I contratti della crisi coniugale*, in *Il diritto privato oggi*, a cura di P. Cendon, Milano, 1999; G. Ceccherini, *I contratti tra coniugi in vista della cessazione del menage*, Padova, 1999, p. 90; G. Doria, *Autonomia privata e "causa" familiare*, Milano, 1996, p. 304; F. Angeloni, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997, p. 20; Id., *Rinunzie, transazioni ed arbitrato nei rapporti familiari*, in *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, a cura di F. Galgano, t. I-II, Padova, 1999.

(9) Può essere opportuno rilevare che in tale ipotesi risulta necessario distinguere tra quella parte dell'accordo relativa all'assegno avente una caratteristica tipica di determinazione della misura dello stesso, e quelle parti relative ad altri aspetti della vicenda patrimoniale complessiva che si chiude con il cessare della convivenza, le quali risultano collegate alla prima, pur essendone distinte e potendo incidere sull'ammontare dell'assegno in misura indiretta, costituendo, infatti, il c.d. contenuto atipico dell'accordo di separazione omologata (si allude a restituzioni, rimborsi, risarcimenti, transazioni, *dationes in solutum* di debiti derivanti dal rapporto coniugale, le quali trovano occasione ma non causa nella separazione o nel divorzio; per cogliere la portata della questione, si pensi alla posizione dei creditori, anche in sede revocatoria, i quali si trovano davanti due specie di debiti, quelli derivanti dal rapporto coniugale e quelli derivanti dal dovere di mantenimento).

(10) In dottrina, si discute sul significato da assegnare alla valutazione di equità del giudice, in particolare se il controllo risulti limitato alla verifica della corrispondenza tra la somma *una tantum* e la capitalizzazione dell'assegno (così A. Finocchiaro - M. Finocchiaro, *Diritto di famiglia* (legislazione-dottrina-giurisprudenza). Il divorzio, III, Milano, 1988, p. 451; M. Dogliotti, *Separazione e divorzio* [supra, nota 1], p. 233; *contra*, D. Vincenzi Amato, *I rapporti patrimoniali*, in P. Rescigno (cur.), *Commentario al divorzio*, Milano, 1980, 344 e, di recente, G. Oberto, *I contratti della crisi coniugale* [supra, nota 8], p. 822). In proposito, chi scrive ritiene opportuno evidenziare la considerazione che la corresponsione in un'unica soluzione prevista dalla norma riguarda sempre una modalità di liquidazione dell'assegno; pertanto, la valutazione del giudice corrisponde ad un giudizio di equità non nel significato che egli possa valutare la prestazione concordata come scollegata dalla determinazione che compirebbe nella quantificazione dell'assegno in maniera periodica, bensì nel diverso significato che, compiuta tale valutazione, non possa limitarsi alla mera capitalizzazione della somma ma debba considerare le peculiarità conseguenti al fatto che trattasi di una attribuzione definitiva di ogni pretesa tra le parti.

(11) In giurisprudenza, infatti, si è esclusa la possibilità di richiedere un ulteriore assegno periodico dopo la percezione di una somma in un'unica soluzione anche in un caso in cui il richiedente era divenuto incapace a svolgere attività lavorativa a causa di una sopravvenuta malattia (Cass., 27 luglio 1998, n. 7365, *Famiglia e dir.*, 1998, 567; in tale occasione la Corte ha altresì escluso l'esistenza di questioni di legittimità costituzionale della norma). In una più recente decisione (Cass., 5 gennaio 2001, n. 126, *Famiglia e dir.*, 2001, 128 (nota V. Carbone)) nel confermare che la "corresponsione in unica soluzione dell'assegno divorzile, giusto disposto dall'art. 5 comma 8, esclude la sopravvivenza in capo al beneficiario di qualsiasi ulteriore diritto, di contenuto patrimoniale e non, nei confronti dell'altro coniuge, attesa la cessazione (per effetto del divorzio) di qualsiasi rapporto tra gli ex coniugi, con la conseguenza che nessuna ulteriore prestazione, oltre quella già ricevuta, può essere legittimamente invocata, neppure per il peggioramento delle condizioni economiche del coniuge assegnatario, e comunque della sopravvivenza di quei giustificati motivi cui l'art. 9 subordina l'ammissibilità dell'istanza di revisione", si è aggiunto che la erronea valutazione compiuta dal giudice sulla esistenza dei presupposti per la corresponsione *una tantum* si traduce in un vizio della sentenza impugnabile con i normali mezzi, pena la formulazione del giudicato sulla statuizione. Per questa pronuncia, quindi, la mancata o erronea valutazione di equità non permette al richiedente di proporre ulteriori domande di revisione se non abbia previamente impugnato la valutazione compiuta dal giudice di merito con i mezzi ordinari, allo scopo di impedire il formarsi del giudicato sul punto.

nonostante la mancanza di norme espresse al riguardo, viene ammessa in dottrina la possibilità di corresponsione *una tantum* sulla base della riconosciuta autonomia dei coniugi nel determinare la misura dell'assegno e le sue modalità di erogazione, anche se nella specificazione che il particolare effetto preclusivo di successive pretese economiche possa raggiungersi solo in quanto il giudice abbia compiuto il controllo sull'equità della corresponsione *una tantum*, in modo da escludere il contrasto con il giudicato *rebus sic stantibus*(12). Tuttavia, la giurisprudenza risulta univoca nell'escludere la preclusione alla richiesta dell'assegno di divorzio in ragione della ritenuta radicale nullità delle rinunce preventive a quest'ultimo, nonostante l'accordo in tal senso compiuto in sede di separazione omologata(13) ed ancora, sotto una diversa angolazione, in ragione dell'idea che il giudice del divorzio non è vincolato alle statuizioni compiute dal giudice precedente. Pertanto, chi scrive propone di razionalizzare l'orientamento giurisprudenziale considerato come segue: si può affermare che la definizione in sede di separazione omologata della corresponsione dell'assegno *una tantum* abbia effetto senz'altro solutorio, secondo la migliore dottrina, dell'obbligo di mantenimento nascente dalla separazione (salva l'eventuale permanenza dell'obbligo alimentare); non abbia invece effetto solutorio, secondo la consolidata giurisprudenza, dell'obbligo di assistenza nascente dal divorzio, il quale può essere liberamente valutato dal giudice in sede contenziosa al momento della proposizione della relativa domanda di divorzio.

Ultimo profilo di rilevanza dell'autonomia privata sostanziale nella crisi della famiglia è quello, più complesso, degli accordi sull'assegno di separazione o di divorzio fuori delle procedure giudiziali.

In riguardo all'accordo di separazione, in giurisprudenza si è precisata la portata del controllo del giudice a seconda della diversa natura temporale dei patti: i patti successivi all'omologazione trovano fondamento nell'art. 1322 cod. civ. e sono efficaci fino a quando un ordinario giudizio contenzioso non ne accerti l'eventuale invalidità per violazione dei principi inderogabili in materia; i patti anteriori o contemporanei, invece, per non togliere ogni senso all'istituto di diritto positivo dell'omologazione, risultano efficaci solo se si collocano, come afferma la giurisprudenza, "in posizione di "non interferenza" rispetto all'accordo omologato, oppure in posizione di conclamata e incontestabile maggiore rispondenza rispetto all'in-

teresse tutelato", come quando disciplinano un aspetto non preso in considerazione dall'accordo formale o prevedono un assegno di mantenimento di importo superiore a quello oggetto di omologazione(14).

Note:

(12) Così, P. Zatti, I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi, IV. Gli effetti della separazione, in P. Rescigno (cur.), Trattato di diritto privato, vol. III, t. II, Torino, 1996, p. 259 e, in precedenza, P. Zatti - M. Mantovani, La separazione personale, Padova, 1983, p. 313; altra dottrina, L. Barbiera, I diritti patrimoniali dei separati e dei divorziati, Bologna, 2001, p. 74, nel richiamare a sostegno della conclusione anche la disciplina di diritto francese, ritiene invece l'attribuzione in questione sottoposta comunque alla clausola di revisione per circostanze sopravvenute; oppure, M. Rabitti, La prestazione *una tantum* nella separazione dei coniugi, *Famiglia*, 2001, 589, a p. 616, ritiene che occorre operare una interpretazione riduttiva di tale clausola, in modo da attribuire rilevanza solo a circostanze sopravvenute di natura eccezionale; ancora, che è ammissibile la corresponsione in unica soluzione solo con la salvezza del diritto agli alimenti legali in presenza dei relativi presupposti (M. Dogliotti, Separazione e divorzio [*supra*, nota 1], p. 68). Si segnala altresì la posizione di un autore, G. Oberto, Prestazioni [*supra*, nota 5], p. 46, il quale, nella premessa che già nella stessa procedura di divorzio il giudizio di equità del giudice sia limitato alla procedura contenziosa e sia escluso in presenza di una richiesta su domanda congiunta, ricava una analoga conclusione anche per la procedura di separazione consensuale omologata, con l'aggiunta della libera facoltà delle parti di derogare alla stessa clausola *rebus sic stantibus*.

(13) Sulla conclusione indicata nel testo, si veda Cass., 28 ottobre 1994, n. 8912, *Famiglia e dir.*, 1995, 14; Cass., 13 maggio 1999, n. 4748, *ivi*, 2000, 362, riguardante un caso in cui i coniugi si erano separati consensualmente, riconciliati e poi nuovamente separati, secondo cui "nel caso in cui nella precedente separazione un coniuge abbia ricevuto una somma "una tantum" per il soddisfacimento dei suoi diritti, il giudice della nuova separazione, investito di una domanda di assegno di mantenimento, dovrà nuovamente esaminare il punto, tenendo tuttavia conto dell'effettiva consistenza delle situazioni economico-patrimoniali dei coniugi e, quindi, anche delle disponibilità esistenti che siano state acquisite per effetto della precedente separazione". Ancora, Cass., 18 febbraio 2000, n. 1810, *Corriere giur.*, 2000, 1022 (nota L. Balestra), in un caso riguardante la censura avanzata da una donna verso la pronuncia di secondo grado che non aveva riconosciuto valido l'accordo, assunto in sede di separazione consensuale omologata, avente ad oggetto l'obbligo di trasferimento di un immobile, concesso in comodato gratuito alla stessa durante il periodo di separazione e da trasferirsi al momento del passaggio in giudicato della sentenza di cessazione degli effetti civili del matrimonio, quale unica e definitiva soluzione dell'assegno di divorzio. La Corte respinge il ricorso sulla base del richiamo all'orientamento consolidato ricordato in precedenza (illiceità della causa degli accordi in sede di separazione in vista del futuro ed eventuale divorzio) e della circostanza, che qui più interessa, della irrilevanza "che di tali accordi ne avesse avuto cognizione il giudice dell'omologazione il cui compito era circoscritto al controllo della liceità e della conformità ai superiori interessi della famiglia solo dei patti relativi alla separazione consensuale".

(14) Per chi scrive i *leading cases* di riferimento della giurisprudenza successiva sono: Cass., 25 luglio 1997, n. 7029, *Giust. civ. Mass.*, 1997, 1287 e Cass., 11 giugno 1998, n. 5829, *Giust. civ. Mass.*, 1998, 1292. In questo contesto, appare isolata la pronuncia, Cass., 18 settembre 1997, n. 9287, *Giust. civ.*, 1997, I, 2387, la quale, riprendendo le argomentazioni del precedente degli anni '80 [*supra*, nota 6], ha ribadito che un accordo contenuto in una scrittura privata finalizzato a disciplinare una separazione consensuale rimane privo di efficacia giuridica se non sottoposto al controllo del giudice in sede di omologazione.

## Saggi

Se in riguardo agli accordi precedenti alla separazione la censura principale della giurisprudenza si è riferita alla necessità di una loro conferma in sede giudiziale, in riguardo agli accordi preventivi al divorzio la posizione restrittiva dei giudici si è incentrata sulla illiceità della causa del patto, in quanto destinato ad incidere sul contegno processuale delle parti e sulla libera determinazione dei loro cambiamenti di *status*(15).

In questo contesto restrittivo per l'autonomia privata, introduce elementi di novità una recente pronuncia di legittimità, oggetto di grande interesse da parte della dottrina sebbene con argomentazioni spesso contrastanti(16), la quale, nella premessa che deve essere mantenuto fermo l'orientamento secondo cui "gli accordi in sede di separazione con i quali i coniugi fissano il regime giuridico del futuro ed eventuale divorzio sono nulli per illiceità della causa, anche nella parte in cui concernono l'assegno divorzile, che per la sua natura assistenziale è indisponibile, in quanto diretti, implicitamente o esplicitamente, a circoscrivere la libertà di difendersi nel giudizio di divorzio", ritiene tuttavia che nel caso di specie tale orientamento non possa trovare applicazione per due ordini di ragioni: in primo luogo, perché tale orientamento si è affermato in fattispecie nelle quali gli accordi preventivi erano invocati per paralizzare la domanda diretta ad ottenere l'assegno di divorzio, mentre nella fattispecie si presentano posizioni rovesciate in quanto è il coniuge onerato che chiede l'accertamento negativo dell'altrui diritto derivante dall'accordo; in secondo luogo, perché l'accordo in questione aveva la funzione di porre fine a controversie pregresse senza alcun riferimento esplicito o implicito al futuro assetto dei rapporti economici tra i coniugi conseguenti all'eventuale pronuncia di divorzio. Ma soprattutto, ed è questa per chi scrive la vera *ratio decidendi* e quindi l'importanza della sentenza come *leading case* almeno potenziale, la Corte ha affermato che il rapporto nascente dall'accordo tra coniugi è idoneo ad assumere rilievo nei rapporti economici conseguenti alla pronuncia di divorzio "ma solo nel senso che, insorta controversia sulla spettanza o meno dell'assegno divorzile, il giudice del divorzio non potrebbe non tenere conto del credito già spettante".

Nell'operazione ermeneutica di individuare, attraverso una ricostruzione e razionalizzazione degli orientamenti giurisprudenziali, quale sia l'attuale contenuto inderogabile della disciplina della crisi

della famiglia e di conseguenza quali siano gli spazi legittimi dell'autonomia privata degli interessati, per chi scrive si possono compiere le seguenti considerazioni.

Una prima considerazione consiste nel rilevare che la giurisprudenza è approdata alla conclusione per cui gli accordi, quando risultano ammessi, hanno una natura senza dubbio "contrattuale", anche nell'ambito dell'autonomia privata ex art. 1322 cod. civ., superando così le precedenti posizioni per le quali gli accordi non potevano partecipare di una natura siffatta essendo al più qualificabili come convenzioni o negozi di natura familiare(17). In conseguenza di questa nuova configurazione degli accordi familiari, chi scrive formula l'auspicio che la giurisprudenza prosegua il proprio cammino e raggiunga la

## Note:

(15) In proposito, l'orientamento giurisprudenziale si presenta univoco e contrassegnato da pronunce di identico tenore che si sono susseguite negli ultimi venti anni. Il precedente che ha avuto efficacia persuasiva sulla giurisprudenza successiva è il già citato Cass., 11 giugno 1981, n. 3777 [supra, nota 6]. L'argomento della illiceità della causa è stato utilizzato dalla giurisprudenza successiva anche, si noti, per escludere la validità di un accordo con effetti favorevoli al coniuge più debole ed anche quando l'accordo fosse stato riprodotto nel verbale di separazione consensuale (Cass., 11 dicembre 1990, n. 11788, Arch. civ., 1991, 418, in un caso ove l'accordo prevedeva il diritto d'uso della casa coniugale anche per il periodo successivo allo scioglimento del matrimonio; si v., inoltre, Cass., 20 settembre 1991, n. 9840, Giur. it., 1992, I, 1, 1080), diventando ripetuta la frase per cui "in tale prospettiva l'accordo tra le parti si configura come una transazione non su meri profili patrimoniali conseguenti ad un determinato *status*, ma sullo stesso *status*, atteso che i vantaggi patrimoniali riconosciuti ed accettati assolvono sostanzialmente la funzione di prezzo del consenso al divorzio" (Cass., 6 dicembre 1991, n. 13128, Giust. civ., 1992, 1239; Cass., 4 giugno 1992, n. 6857, Giur. it., 1993, I, 1, 338 (nota E. Dalmotto); Cass., 7 settembre 1995, n. 9416, Dir. e famiglia, 1996, 931, peraltro tutte redatte dal medesimo estensore M. Gabriella Luccioli; v. anche Cass., 20 febbraio 1996, n. 1315, Giust. civ. Mass., 1996, 222), nonché la valutazione della indisponibilità preventiva dei diritti patrimoniali conseguenti allo scioglimento del matrimonio (Cass., 20 marzo 1998, n. 2955, Contratti, 1998, 472 (nota G. Bonilini) e Cass., 9 maggio 2000, n. 5866, Giust. civ. Mass., 2000, 964).

(16) Cass., 11 giugno 2000, n. 8109, Famiglia, 2001, 243 (nota G. Ferrando); Giur. it., 2000, I, 1, 2228 (nota L. Barbiera); Famiglia e dir., 2000, 429 (nota V. Carbone); Corriere giur., 2000, 1021 (nota L. Balestra); Contratti, 2001, 45 (nota M. Dellacasa); Notariato, 2001, 16 (nota V. Di Gregorio); Nuova giur. civ., 2000, 704 (nota E. Bargelli); Contratto e impr., 2000, 1136 (nota F. Angeloni). Il caso riguardava un accordo, denominato dalle parti "convenzione transattiva", parzialmente trasfuso nel verbale di separazione consensuale, in cui i coniugi avevano concordato l'erogazione mensile di un assegno denominato "di mantenimento" da corrispondersi "vita natural durante" a tacitazione di ogni pretesa economica della moglie e per il quale il marito aveva chiesto nel procedimento di divorzio (in mancanza di una richiesta della moglie dell'assegno divorzile) una pronuncia di accertamento dell'insussistenza dell'obbligo assunto e in generale del dovere di pagare alla moglie "alcunché, a qualsiasi titolo, anche per assegni alimentari".

(17) Ancora in questi termini, ad esempio, Cass., 25 settembre 1978, n. 4277, Foro it., 1979, I, 722 (nota A. Iannarelli).

consapevolezza della necessità di operare qualificazioni delle fattispecie in decisione (contratti atipici di determinazione delle modalità di adempimento degli obblighi familiari, transazioni, *dationes in solutum*, ecc.) rispettose dei loro contenuti e rendendo trasparente nelle motivazioni quali siano gli interessi patrimoniali delle parti oggetto della decisione, nonché la consapevolezza della maturità dei tempi per effettuare un *revirement* esplicito delle formule tratlative sugli accordi preventivi in materia di divorzio, con estensione delle medesime aperture e limitazioni operate con riguardo agli accordi preventivi alla separazione<sup>(18)</sup>, non sussistendo ragionevoli argomenti per effettuare trattamenti differenziati.

Una seconda considerazione si riferisce alla necessità di definire, e in tali confini confermare, la liceità della causa di accordi che siano capaci di influire sui comportamenti delle parti con riguardo ai cambiamenti del loro *status*, in quanto aspetto appartenente al nucleo dell'ordine pubblico familiare. È evidente che quando gli accordi tra le parti si atteggiavano in maniera tale da presentare un contenuto per il quale i vantaggi patrimoniali siano strettamente correlati ad una limitazione della libertà di comportamento inerente ai cambiamenti di *status*, si giustifica pienamente la loro nullità per illiceità di una causa che offende anche interessi di natura pubblicistica. Allo stesso tempo, qualora il concreto contenuto degli accordi non presenti una configurazione siffatta, il rimedio in questione si presenta, prima ancora che inadeguato, del tutto inconferente e quindi inapplicabile. Sotto questo profilo, è nel giusto la proposta di non bollare con l'illiceità *tout court* qualsiasi accordo preventivo di divorzio ma di operare una verifica in concreto, caso per caso, se nella specifica fattispecie si sia verificata una lesione di interessi anche pubblicistici riguardanti lo *status* delle parti.

Ultima e più importante considerazione riguarda quale possa essere la sorte degli accordi preventivi alla separazione o al divorzio quando il loro contenuto non sia tale da incidere sullo *status*; la risposta anche di tale quesito è rintracciabile nelle decisioni della Suprema Corte le quali sottendono, a ben vedere, la medesima *ratio decidendi* sostanziale.

Con riguardo alla separazione, dire, come fa la giurisprudenza, che gli accordi preventivi "sono operanti solo se si collocano in posizione di "non interferenza" rispetto all'accordo omologato, oppure in posizione di conclamata e incontestabile maggiore ri-

spondenza rispetto all'interesse tutelato" (già in Cass., 24 febbraio 1993, n. 2270 e Cass., 22 gennaio 1994, n. 657(19)), vuole anche dire, senza operare inammissibili salti logici, che gli accordi non sono preclusivi alla determinazione giudiziale dell'assegno e restano efficaci purché non intendano incidere (in senso peggiorativo) su quest'ultima pretendendo che si allinei con le condizioni concordate. Allo stesso modo, con riguardo al divorzio, dire che "insorta controversia sulla spettanza o meno dell'assegno divorzile, il giudice del divorzio non potrebbe non tenere conto del credito già spettante alla (richiedente) e del corrispondente debito del (onerato)" (così, Cass., 14 giugno 2000, n. 8109(20)), vuole anche dire che l'accordo preventivo non è in grado di inibire alle parti o al giudice di determinare l'assegno spettante in sede di divorzio, pur tuttavia tenendo conto del rapporto credito-debito in essere. Pertanto, il concetto, di creazione giudiziale, della necessaria "non interferenza" tra gli accordi fuori delle procedure giudiziali e quelli presi in sede di separazione omologata può essere esteso a ricomprendere anche il rapporto tra questi due e la sempre possibile determinazione giudiziale dell'assegno ai sensi degli artt. 156 cod. civ. e 5 l. d.

Tutti questi indici emergenti dalla giurisprudenza spingono verso l'individuazione, a parere di chi scrive, di una "regola" (se si vuole, "operazionale") comune valevole in questo momento storico: le parti possono accordarsi sulla misura dell'assegno ma in caso di disaccordo, o venuto meno l'accordo, sono libere di chiedere la determinazione giudiziale dell'assegno.

La conclusione che, sempre a parere di chi scrive, occorre evidenziare è allora che, per l'attuale orientamento giurisprudenziale, il vero contenuto della disciplina inderogabile sia non la inderogabilità della disciplina ovvero l'indisponibilità del diritto al controllo preventivo giudiziale dell'accordo, bensì la inderogabilità della disciplina ovvero l'indisponibilità del diritto alla determinazione giudiziale dell'assegno.

Note:

(18) O alla nullità del matrimonio: v. Cass., 13 gennaio 1993, n. 348, Giur. it., 1993, I, 1, 1679.

(19) Cass., 24 febbraio 1993, n. 2270, Giust. civ. Mass., 1993, 368; Cass., 22 gennaio 1994, n. 657, Dir. famiglia, 1994, 868.

(20) Cass., 11 giugno 2000, n. 8109 [*supra*, nota 16].

## Saggi

In altri termini, gli accordi sulle condizioni della separazione o del divorzio concordati fuori delle procedure giudiziali sono efficaci nella misura in cui non comportino rinuncia a tale diritto perché lasciano libertà alle parti di proporre in ogni tempo la procedura (oltre che consensuale anche) contenziosa di determinazione degli assegni prevista dagli artt. 156 cod. civ. e 5 l. d.(21).

Individuare nel diritto alla determinazione giudiziale dell'assegno il limite all'autonomia privata comporta conseguenze notevoli: gli accordi che non realizzino rinuncia al diritto e quindi non pregiudichino il ricorso al giudice sono validi ed efficaci, fonti di obbligazioni (non naturali ma) in senso tecnico. Dall'accordo sorge l'obbligazione di adempiere le prestazioni concordate, come quella di pagare la somma periodica promessa, nei termini previsti con il contratto. Il vincolo contrattuale tra le parti non necessita di altri presupposti per la sua efficacia: il coniuge (o ex coniuge) creditore può pretendere l'adempimento delle prestazioni convenute, può agire per la loro esecuzione specifica e, allo stesso tempo, resta libero di promuovere la procedura di determinazione giudiziale; nel caso il giudice determini condizioni più favorevoli, queste ultime sostituiranno, anche in via retroattiva, le pattuizioni concordate.

Occorre precisare che il diritto alla determinazione giudiziale dell'assegno è diverso dal diritto alla revisione delle condizioni della separazione o del divorzio per circostanze sopravvenute (regola *rebus sic stantibus*): il primo si estingue con il relativo accertamento giudiziale; il secondo si estingue al più con la corresponsione *una tantum* dell'assegno di divorzio (art. 5, VIII comma, l. d.). La determinazione giudiziale dell'assegno può essere richiesta anche se non si siano modificate le condizioni sussistenti al momento dell'accordo, proprio in quanto si basa sulle condizioni esistenti al momento della pronuncia.

In definitiva, le parti possono regolamentare in maniera preventiva gli aspetti economici della separazione e del divorzio tramite un accordo efficace ma non preclusivo della determinazione giudiziale dell'assegno che, se richiesta, terrà conto della situazione patrimoniale in essere; l'accordo acquisterà la sicurezza della sua immodificabilità e definitività, in quanto non potrà essere superato da una pronuncia giudiziale, solo con la resistenza fino al momento della richiesta concorde per la liquidazione *una tantum*.

La sussistenza del diritto alla determinazione giudiziale dell'assegno e la sottoposizione dell'accordo

ad una "prova di resistenza", fino alla liquidazione dell'assegno divorzile in unica soluzione per acquistare immodificabilità e definitività, può consentire a livello interpretativo di riconoscere validità anche agli accordi preventivi al matrimonio, o conclusi durante il periodo di convivenza prima che subentri la crisi della coppia, come espressione della meritevolezza dell'interesse alla costituzione di comunità familiari (o di convivenza *more uxorio* anche ai sensi dell'art. 2 Cost.), da realizzarsi pure attraverso la pianificazione degli aspetti patrimoniali, in un'ottica di esaltazione della consapevolezza e trasparenza del rapporto coniugale e non certo di "mercificazione" del diritto di famiglia.

Ed in questi spazi riconoscibili attualmente all'autonomia privata, alla luce dell'interpretazione giuri-

## Nota:

(21) L'indisponibilità del diritto alla determinazione giudiziale dell'assegno deriva dalla disciplina della crisi della famiglia e non dalla applicazione, in un contesto improprio, della norma dell'art. 160 cod. civ. dei diritti inderogabili previsti dalla legge per effetto del matrimonio, la cui portata è circoscritta alla fase fisiologica del rapporto coniugale. Risulta, invece, di utilità evidenziare la differenza nel significato della violazione, e quindi nella natura dei rimedi, tra gli accordi capaci anche di incidere sullo *status* e gli accordi capaci anche di incidere sul diritto alla determinazione giudiziale dell'assegno. I primi comportano un'offesa ad interessi superiori a quelli delle parti e danno luogo ad una nullità virtuale per illiceità della causa, contrastante con l'ordine pubblico. I secondi comportano un'offesa ad interessi individuali derivanti dalla violazione di una norma imperativa posta a protezione del coniuge debole: si tratta di nullità virtuale, non più per illiceità, ma per illegalità, conseguente al mancato rispetto della disciplina prevista (art. 156 cod. civ. e art. 5 l. d.). Quest'ultima appartiene al genere della "nullità di protezione" (sul tema, di recente, cfr. A. Gentili, *Le invalidità*, in *Trattato dei contratti*, a cura di E. Gabrielli, t. II, 1999, p. 1346), perché appunto a tutela della parte debole, che richiama altri tipi di nullità di simile tenore previsti dall'ordinamento, come la nullità prevista a protezione del risparmiatore (cfr. art. 117 e 127 del D. Lgs. 1 settembre 1993, n. 385, testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia), dell'investitore (cfr. art. 18 del D. Lgs. 23 luglio 1996, n. 415, c.d. Decreto Eurosim e ora, per effetto della sua abrogazione, art. 23 D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, testo unico delle disposizioni in materia finanziaria), del consumatore (cfr. art. 12 del D. P. R. 24 maggio 1988, n. 224, responsabilità del produttore per prodotti difettosi; v. anche, pur nel diverso rimedio dell'inefficacia, l'art. 1469 *quinquies* cod. civ., disciplina delle clausole vessatorie). Tuttavia, la nullità a protezione del coniuge debole non deriva dal particolare *status* del soggetto rispetto all'altro (in quanto comune ad entrambi), ma dalla particolare natura del rapporto che lega i due soggetti, una relazione confidenziale, di fiducia, che porta il debole a rinunciare nei confronti del forte ad un diritto che la legge gli attribuisce nel suo interesse. Inoltre, la sua particolarità consiste nel non essere di natura formale, ovvero espressamente prevista dalla legge come le nullità per lo più di derivazione comunitaria a protezione del risparmiatore-investitore o del consumatore, bensì derivabile dalle interpretazioni ed applicazioni giurisprudenziali della protezione da fornire al coniuge debole. In questo senso si può leggere e condividere la decisione della Suprema Corte (Cass., 11 giugno 2000, n. 8109 [supra, nota 16]) che ha argomentato in termini di nullità invocabile dalla parte nel cui interesse è prevista la disciplina di protezione: risulta coerente con la regola sottesa anche a questa decisione intendere la come una nullità relativa, parziale, forse non rilevabile d'ufficio, sicuramente non soggetta a prescrizione o convalida.

sprudenziiale e dottrinale della nostra disciplina interna sulla crisi della famiglia, è impiegabile lo strumento del trust secondo le modalità che saranno ora tratteggiate.

### § 3. Il trust come “fondo fiduciario”.

Il trust a cui si allude in queste pagine è il trust di diritto inglese che rappresenta il modello di riferimento. Il trust come fenomeno giuridico è traducibile nel nostro ordinamento con la formula “fondo fiduciario” (si pensi infatti alla terminologia inglese “trust fund”): “fondo” per richiamare l’idea della segregazione patrimoniale e della surrogazione reale; “fiduciario” per richiamare la fiducia che è alla base del rapporto giuridico la quale non appartiene al mero foro interno del suo titolare restando giuridicamente irrilevante ma è fonte di obbligazioni in senso tecnico, azionabili davanti all’autorità giudiziaria ordinaria, derivanti dallo scopo indicato nel relativo atto istitutivo(22).

Nel fondo fiduciario, secondo l’impostazione che si intende proporre, si verifica il fenomeno del collegamento negoziale, del collegamento sostanziale e della segregazione patrimoniale. La spiegazione di tale affermazione è sinteticamente motivabile nei termini seguenti.

Il trust secondo la ritenuta migliore definizione proveniente dalla dottrina inglese, è “una obbligazione equitativa che vincola un soggetto (che è chiamato trustee) ad occuparsi della proprietà di cui ha il controllo (che è chiamata *trust property*) o per il beneficio di altri soggetti (che sono chiamati beneficiari), nei quali egli può essere compreso, con la possibilità per tutti tali soggetti di far valere l’obbligazione, ovvero per uno scopo caritatevole che può essere fatto valere dall’Attorney General, oppure ancora per altri scopi permessi dalla legge anche se nell’impossibilità di essere fatti valere”(23).

La prima definizione attendibile nella nostra dottrina è stata fornita da un autore(24) secondo cui il trust è “una obbligazione, non nascente dallo *ius civile*, che grava sul titolare di un diritto, ha per oggetto le forme di godimento e il finale trasferimento del diritto a terzi ed è tutelata nell’ambito di un ordinamento distinto dallo *ius civile*, ma ad esso non contrapposto”; come aggiunge questa dottrina, secondo la *common law* il trustee è titolare del diritto trasferitogli e le obbligazioni da lui assunte al momento dell’acquisto del diritto non sono vincolanti, mentre è

l’*Equity* che le riconosce e ne sanziona l’inosservanza per mezzo di propri rimedi giuridici.

Entrambe queste definizioni pongono in luce come l’essenza del trust sia l’obbligazione equitativa del soggetto titolare di una posizione anche dominicale, ove l’obbligazione di coscienza è tutelata in *Equity*, mentre il diritto anche dominicale è tutelato dalla *common law*.

Tuttavia, chi scrive evidenzia come la posizione soggettiva del trustee non possa essere valutata compiutamente se non con riguardo ad entrambe le prospettive conseguenti alle due diverse giurisdizioni: considerare la posizione del trustee solo dal punto di vista della *common law* significa infatti non considerare la funzione per la quale il titolare risulta investito della posizione anche dominicale, mentre considerare la posizione solo dal punto di vista dell’*Equity* significa non considerare che i beni o i diritti oggetto delle obbligazioni equitative sono disciplinati da un distinto ordinamento.

La posizione giuridica del trustee è caratterizzata quindi da un diritto e da un obbligo equitativo, ovvero l’obbligo di esercitare il diritto secondo la funzione per la quale esso è divenuto nella titolarità dell’obbligato.

Occorre ricordare in proposito che il trust come obbligazione equitativa nasce storicamente intorno al tredicesimo secolo in Inghilterra in conseguenza delle pronunce della Corte del Cancelliere, le quali erano tese a vincolare la coscienza del convenuto che non intendeva spontaneamente adempiere alle obbligazioni non risultanti in base allo stretto diritto. La ragione storica per la quale le obbligazioni del convenuto non erano riconosciute dalla *common law*

#### Note:

(22) La formula “fondo fiduciario” è stata impiegata nell’ambito di una proposta di introduzione di un nuovo articolo 42 ter nel contesto di un progetto di riforma al libro primo del codice civile avanzata nella passata legislatura dalla Commissione per la revisione sistematica del diritto commerciale. La Commissione, presieduta dal Consigliere Luigi Rovelli, si è avvalsa della collaborazione in qualità di esperto del professor Maurizio Lupoi che è stato l’artefice dell’articolato proposto ed il personale contributo di chi scrive si è concretizzato nel suggerimento della formula “fondo fiduciario” come traduzione del modello di riferimento ovvero il trust del modello inglese. Si v. il testo proposto ed il rapporto curato da chi scrive nel volume D. Carusi (cur.), Associazioni e fondazioni, Milano, 2001, 179.

(23) È la definizione di Underhill del 1899 ripresa ed integrata da P. Pettit, da ultimo in *Equity and the Law of Trusts*, 8th ed., Londra, 1997, p. 24.

(24) M. Lupoi, Il trust nell’ordinamento giuridico italiano dopo la Convenzione dell’Aja del 1° luglio 1985, *Vita not.*, 1992, 966, a p. 973.

**Saggi**

è stata la circostanza fattuale che esse non erano menzionate nel titolo che operava il trasferimento del diritto dal disponente al trustee ma derivavano da una promessa del fiduciario non dotata di requisiti formali. Quando il fiduciario, divenuto titolare del diritto in base all'atto di trasferimento formale regolato dalla *common law*, non restava fedele alla parola data, non subiva alcuna conseguenza in base alla *common law* per mancanza di riconoscimento da parte di quest'ultima della promessa effettuata al promissario disponente.

L'intesa, non formale, di natura fiduciaria, comportante la fiducia data dal disponente al fiduciario per la promessa ricevuta, era tutelata invece solo in *Equity* che forniva il rimedio in caso di mancato rispetto da parte del fiduciario della parola data. La parola data<sup>(25)</sup> di comportarsi come fiduciario del promissario disponente era quindi fonte di obbligazioni fiduciarie riconosciute e tutelate solo in *Equity*; obbligazioni equitative quindi, azionabili in epoca storica più risalente da parte del disponente e successivamente da parte dei beneficiari dal primo indicati<sup>(26)</sup>.

La giurisdizione di *Equity* ha portato al riconoscimento di posizioni soggettive equitative in favore dei beneficiari, denominate *equitable estates*. Queste si riferiscono nel lato passivo alle obbligazioni equitative del fiduciario. Ai *legal estates* riconosciuti dalla *common law* si sono affiancati così gli *equitable estates* riconosciuti in *Equity*, con la differenza che i primi rappresentano un *numerus clausus*, mentre i secondi, trattandosi di obbligazioni di coscienza del fiduciario, non subiscono le medesime limitazioni.

In una prospettiva comparatistica, si può allora affermare che i *legal estates* trasferiti attraverso un *legal title* valevole per la *common law* sono rimasti costanti nei secoli e rappresentano un numero chiuso, mentre gli *equitable estates* dei beneficiari, ovvero le obbligazioni fiduciarie del trustee, derivanti dal trust riconosciuto dall'*Equity* sono atipici come qualsiasi obbligazione e tutelabili purché meritevoli secondo l'ordinamento giuridico di riferimento.

La storica dualità di prospettive tra *common law* ed *Equity* può essere considerata in una visione unitaria soprattutto in conseguenza della fusione delle corti di giustizia avvenuta nella seconda metà del secolo diciannovesimo (*Judicature Acts 1873 – 1875*); infatti, se è vero che le cause riguardanti trust continuano ad essere decise in base a regole equitative, e queste in caso di conflitto prevalgono sulle regole

della *common law*, è altrettanto vero che le obbligazioni equitative sono obbligazioni azionabili davanti ad una autorità giudiziaria ordinaria e quindi sono obbligazioni derivanti dalla fiducia e da rapporti fiduciari, in altri termini, obbligazioni fiduciarie non ontologicamente diverse (e tale conclusione viene offerta seppur in termini necessariamente sintetici come contributo alla riflessione in corso nel nostro sistema) da quelle riconoscibili dalla nostra giurisprudenza ai sensi della clausola generale dell'art. 1173 cod.civ.(27).

Con la prassi dei c.d. "trust interni" non si intende quindi riproporre nel nostro ordinamento la giurisdizione dell'*Equity*, ma utilizzare un istituto caratterizzato da obbligazioni fiduciarie con conseguente segregazione patrimoniale.

Nell'ottica che si propone, il trust del modello inglese è traducibile come fondo fiduciario e la posizione soggettiva del trustee-fiduciario è caratterizzata dalle obbligazioni fiduciarie che ineriscono alla titolarità del fondo stesso. La posizione soggettiva del trustee-fiduciario è composta da un diritto regolato dalla *common law* collegato ad obbligazioni fiduciarie (o equitative se considerate regolate storicamente dall'*Equity*), ovvero il modello derivante, a parere di chi scrive, è così sintetizzabile: "posizione soggettiva del trustee = diritto + obbligazioni fiduciarie".

Lo stesso modello, "diritto + obbligazioni fiduciarie", sempre a parere di chi scrive, è individuabile nella Convenzione de L'Aja con importanti conseguenze di ordine internazionalprivatistico e sostanziale. Si considerino infatti gli artt. 4 e 6 i quali prevedono che l'atto di trasferimento dei beni al trustee e l'atto isti-

**Note:**

(25) Sul tema si veda da ultimo, M. Lupoi, Metafore giuridiche e finzioni: la "parola data", Riv. dir. civ., 2002, 577, a p. 577 s.

(26) La spiegazione della tutela fornita dalla Corte del Cancelliere per sopperire al difetto di giustizia della Corte regia è stata storicamente che l'*Equity* non permetteva che una legge (come quella che prevedeva i requisiti formali del titolo, Statute of Frauds del 1677) potesse essere utilizzata come strumento di frode, consentendo così al titolare di trincerarsi dietro i requisiti formali del titolo e tradire la fiducia del disponente (e dei beneficiari).

(27) Si pensi al caso Ravasio c. Fondazione Unitas Chatolica (Cass., 12 giugno 1986, n. 3898, Foro it., 1986, I, 2123; Riv. dir. civ., 1988, II, 119 (nota M. Graziadei)) riguardante il problema della intestazione di beni immobili ad un comitato non riconosciuto. Per la Suprema Corte è possibile riconoscere ad un tempo una soggettività al comitato non riconosciuto ed un obbligo fiduciario alla persona fisica intestataria degli immobili; infatti, essendo stata compiuta la trascrizione dell'acquisto dei beni a nome della persona fisica su quest'ultima grava l'obbligazione fiduciaria di conservare i beni e farli acquisire sotto il profilo formale all'ente in questione.

tutivo di trust sono regolati da due diverse leggi (la legge derivante dalle norme di conflitto del foro e la legge scelta in base ai criteri della stessa Convenzione). Non si è in presenza di due momenti separati, non si è in presenza nell'immagine utilizzata da alcuni delegati alla Convenzione di una "rampa di lancio" (il negozio di trasferimento) e di un "missile" (il trust), ma si è in presenza di due momenti strettamente collegati sotto il profilo anche causale.

Infatti, se si considera la fase genetica della vita del trust, si è in presenza di un negozio di trasferimento regolato dal diritto interno (nel considerare quanto trattato finora, la *common law*, oppure, con riguardo ai trust interni, la legge italiana) e di un negozio istitutivo di trust regolato dalla legge aliena o straniera (nel continuare il raffronto, nei confronti della *common law*, ovviamente dal punto di vista storico, l'*Equity*; nei rapporti con il diritto italiano, la legge straniera). Così, se si considera la fase dinamica, la posizione giuridica del trustee si compone di un diritto regolato dal diritto interno (nel raffronto, la *common law*, e, nei trust interni, la legge italiana) ai sensi dell'art. 4 e degli obblighi fiduciari regolati da un ordinamento alieno o straniero (sempre nel raffronto, l'*Equity* o la legge straniera) ai sensi dell'art. 6.

La Convenzione de L'Aja sembra riproporre nella distinzione conseguente agli artt. 4 e 6 la storica duplicità di prospettive che ha caratterizzato l'istituto, ovvero la duplicità di prospettive di un diritto disciplinato da un ordinamento collegato ad obbligazioni fiduciarie disciplinate da un ordinamento diverso e non contrapposto: come l'istituto storicamente è stato formato dal combinarsi delle prospettive derivanti dalla *common law* e dall'*Equity*, così l'istituto per la Convenzione L'Aja si compone di obbligazioni fiduciarie disciplinate dalla legge del trust con riguardo ai diritti (anche reali) disciplinati dalla legge richiamata dalle norme di conflitto del foro. Ancora, come i precetti dell'*Equity* hanno corretto le conseguenze derivanti dai requisiti formali della *common law*, così oggi la legge straniera scelta dal disponente può fornire la giustificazione causale nel nostro sistema ad un atto di trasferimento nei confronti del trustee.

Dalla Convenzione de L'Aja deriva pertanto la necessaria esistenza di un collegamento negoziale e sostanziale: collegamento negoziale tra atto di trasferimento (art. 4) e atto istitutivo (art. 6); collegamento sostanziale tra il diritto trasferito (art. 4) e le obbligazioni fiduciarie (art. 6). Il collegamento nego-

ziale e sostanziale produce l'effetto segregativo patrimoniale tipico (art. 11, II comma).

Il collegamento negoziale tra atto di trasferimento del diritto ed atto istitutivo delle obbligazioni fiduciarie comporta che il primo abbia causa, in senso civilistico, nel secondo. L'atto istitutivo del trust contiene lo scopo per il quale il trust stesso viene creato; lo scopo rappresenta l'interesse del disponente da soddisfare. L'effetto tipico della segregazione non può realizzarsi per uno scopo non meritevole di tutela. L'interesse del disponente è lo scopo del trust e tale scopo qualifica l'atto istitutivo; lo scopo del trust rappresenta ad un tempo la causa dell'attribuzione al trustee e la fonte delle obbligazioni fiduciarie. Pertanto, il collegamento negoziale tra atto istitutivo ed atto di trasferimento produce l'effetto che lo scopo del trust sia la giustificazione causale della formazione del fondo fiduciario e delle relative obbligazioni fiduciarie. Il collegamento negoziale si realizza quindi tra l'atto unilaterale istitutivo (ai sensi dell'art. 6) e l'atto traslativo del diritto (ai sensi dell'art. 4); nel considerare unitariamente la fattispecie risulta evidente che è richiesta l'accettazione del trustee-fiduciario in quanto l'attribuzione patrimoniale produce obbligazioni fiduciarie. Ancora, nel valutare l'intera fattispecie negoziale, si può ritenere che sia il trustee a compiere la prestazione caratteristica.

Alla luce delle considerazioni svolte non appaiono fondate le tesi dottrinali che configurano il diritto del trustee come un nuovo diritto reale.

In proposito, risulta utile richiamare le formule utilizzate nella nostra dottrina per spiegare il fenomeno che si intende: "proprietà nell'interesse altrui in quanto proprietà controbilanciata da un obbligo di dare"<sup>(28)</sup>, ovvero, più di recente, "proprietà dovuta"<sup>(29)</sup>, una proprietà quindi funzionale al raggiungimento dello scopo, ovvero, in definitiva, come sostenuto in queste pagine, "una proprietà collegata sotto il profilo negoziale e sostanziale alle obbligazioni fiduciarie del titolare (proprietario fiduciario)".

Inoltre, nel trust-fondo fiduciario si realizza la segregazione patrimoniale con conseguente opponibilità ai creditori personali del trustee fiduciario del

Note:

(28) M. Graziadei, Proprietà fiduciaria e proprietà del mandatario, *Quadrimestre*, 1990, I.

(29) M. Lupoi, Commento a Trib. Pisa 22.12.2001, *Notariato*, 2002, 388; Id., I trust nel diritto civile, in *trattato di Diritto Civile diretto da R. Sacco*, I diritti reali, vol. 2, Torino, 2004, pp. 19-25.

**Saggi**

vincolo sul fondo; questo effetto deriva, come è stato evidenziato dalla migliore dottrina internazionalistica<sup>(30)</sup> in virtù della norma di diritto materiale uniforme contenuta nell'art. 11, II comma della Convenzione. La norma riproduce l'effetto tipico previsto nel modello inglese il quale viene motivato nei precedenti, come rileva la nostra dottrina comparatistica, con la considerazione che il trustee non è reso più ricco dall'acquisto compiuto nell'interesse altrui<sup>(31)</sup> e quindi che i suoi creditori non possono approfittare del *quantum* di ricchezza nella titolarità del proprietario fiduciario essendo naturalmente escluso dalla garanzia generica<sup>(32)</sup>.

In definitiva, nella fattispecie trust-fondo fiducia-

rio si ha la ontologica presenza di un collegamento negoziale e sostanziale (atto istitutivo-atto di trasferimento e diritto-obbligazioni fiduciarie) che costituisce la fonte e la giustificazione della segregazione patrimoniale.

**Note:**

(30) S. M. Carbone, *Autonomia privata, scelta della legge regolatrice e riconoscimento dei suoi effetti nella Convenzione dell'Aja del 1985*, in questa Rivista, 2000, 145, a pp. 146-148.

(31) M. Graziadei, voce "Trusts nel diritto anglo-americano", in *Dig. disc. priv., Sez. Comm.*, vol. XVI, Torino, 256.

(32) M. Lupoi, *Commento [supra, nota 29]*.

# Trust e fondi comuni d'investimento nella cartolarizzazione del patrimonio immobiliare pubblico

di Saverio Bartoli

SOMMARIO: § 1. I fondi comuni d'investimento immobiliare nelle previsioni della L. 23 novembre 2001, n. 410. – § 2. L'*investment trust* nell'esperienza anglosassone. – § 3. Il lento processo di recepimento del *contractual investment trust* nell'ordinamento italiano. – § 4. Caratteri essenziali dell'operazione di dismissione di immobili pubblici a mezzo di F.C.I.I. disciplinata dalla L. 23 novembre 2001, n. 410.

## § 1. I fondi comuni d'investimento immobiliare nelle previsioni della L. 23 novembre 2001, n. 410.

In base all'art. 4 del D. L. 25 settembre 2001, n. 351, convertito con modificazioni nella L. 23 novembre 2001, n. 410(1), è possibile perseguire il fine della dismissione degli immobili pubblici utilizzando uno strumento alternativo rispetto a quello della cartolarizzazione propriamente detta, che è descritto negli artt. da 1 a 3 della medesima legge.

Detta norma attribuisce infatti al Ministero dell'Economia e Finanze(2) la facoltà di promuovere la costituzione di uno o più fondi comuni d'investimento immobiliare(3), conferendo negli stessi beni immobili ad uso non residenziale appartenenti allo Stato, all'Amministrazione autonoma dei Monopoli di Stato o agli enti pubblici non territoriali.

Il compito d'individuare detti immobili viene dal primo comma della norma affidato ad uno o più decreti del M.E.F. soggetti a pubblicazione in Gazzetta Ufficiale e volti altresì a regolare:

- a) le procedure per l'individuazione o l'eventuale costituzione *ex novo* della società di gestione del fondo;
- b) le procedure per il funzionamento della stessa;
- c) le procedure per il collocamento delle quote del fondo;
- d) i criteri di attribuzione del ricavato della vendita delle quote del fondo.

Il secondo comma della norma, infine, dichiara

applicabili nei limiti della compatibilità gli artt. da 1 a 3 della legge citata ai trasferimenti immobiliari in favore dei detti F.C.I.I.(4).

Poiché ad oggi il M.E.F. non ha emanato i decreti previsti dall'art. 4, i dettagli e le prospettive di questa operazione di dismissione di immobili pubblici mediante il ricorso ai F.C.I.I. possono per il momento solo essere immaginati, sulla falsariga di precedenti analoghe iniziative legislative(5).

Prima di analizzare come possa addivenirsi alla dismissione d'immobili pubblici mediante lo strumento dei F.C.I.I., appare però necessario esaminare le origini e la natura del F.C.I. in generale, partendo dall'esperienza anglosassone (cfr. *infra*, § 2) per poi occuparsi del modo in cui l'istituto è penetrato, grazie ad una legislazione *ad hoc*, nel nostro ordinamento (cfr. *infra*, § 3).

## § 2. L'*investment trust* nell'esperienza anglosassone.

Il generico termine inglese "investment trust" (corrispondente all'altrettanto generico termine ita-

### Note:

Saverio Bartoli è avvocato in Firenze.

Il testo riproduce la relazione, con modificazioni, presentata al Convegno intitolato "Cartolarizzazione del patrimonio immobiliare pubblico", organizzato dalla Fondazione Cesifin (Centro per lo studio delle istituzioni finanziarie) – Alberto Predieri, svoltosi a Firenze il 25 gennaio 2003.

(1) Legge intitolata "Disposizioni urgenti in materia di privatizzazione e valorizzazione del patrimonio immobiliare pubblico e di sviluppo dei fondi comuni d'investimento immobiliare".

(2) D'ora in avanti, per brevità: "M.E.F".

(3) D'ora in avanti, per brevità: "F.C.I.I." (quanto al termine "fondi comuni d'investimento", si utilizzerà la sigla "F.C.I.").

(4) La L. 23 novembre 2001, n. 410 dedica ai F.C.I.I. delle norme ulteriori: trattasi degli artt. da 5 a 10, di cui però il solo art. 5 (sul quale si avrà modo di tornare *infra*, nota 54) contiene previsioni "civilistiche", avendo le altre norme citate natura fiscale.

(5) Mi riferisco in particolare alla legge n. 662 del 23 dicembre 1996 (sul punto, cfr. *infra*, nota 52 ed il § 4).

## Saggi

liano “F.C.I. in senso lato”) sta a designare<sup>(6)</sup> quei fenomeni caratterizzati dalla presenza di un organismo che raccoglie in un fondo il risparmio apportato da una pluralità di soggetti, emette in favore di questi ultimi, a fronte di detti apporti, dei titoli di partecipazione ed investe quanto forma oggetto del fondo, nell’interesse di detti risparmiatori (onde remunerare e, giunta una scadenza prefissata, rimborsare loro il capitale conferito), in valori mobiliari, immobili o beni di altra natura, seguendo il criterio della massima diversificazione possibile del rischio.

L’*investment trust* si caratterizza altresì per il fatto che sul fondo nel quale confluiscono gli apporti dei risparmiatori possono soddisfarsi unicamente questi ultimi (i quali, come si è detto, hanno diritto a veder remunerato il capitale apportato ed al rimborso dello stesso).

All’interno della generale categoria dell’*investment trust*, è necessario però distinguere fra *statutory investment trust* (o società d’investimento) e *contractual investment trust* (o F.C.I. propriamente detto<sup>(7)</sup>).

Nel primo caso, la sopra descritta finalità dell’investimento del risparmio collettivo è attuata facendo ricorso ad una società di capitali appositamente costituita, avente appunto quale oggetto detta attività d’investimento; ciò mediante il procedimento che segue:

a) più soggetti conferiscono i propri risparmi in detta società;

b) a fronte di detti conferimenti, i risparmiatori divengono soci di detta società<sup>(8)</sup>;

c) il fondo dell’*investment trust* altro non è che il patrimonio sociale di cui la società-persona giuridica è titolare e che essa impiegherà, nell’interesse dei risparmiatori-soci ed in conformità al proprio oggetto, nell’attività d’investimento.

Nel secondo caso, invece, la finalità in questione viene realizzata facendo ricorso ad uno strumento negoziale di origine prettamente anglosassone, cioè il trust, e precisamente mediante la procedura che segue:

a) una società di capitali appositamente creata per la costituzione e gestione del F.C.I. (che chiameremo società di gestione del risparmio<sup>(9)</sup>) redige il regolamento del fondo, cioè l’atto disciplinante la raccolta del risparmio collettivo ed il suo investimento: tale atto ha natura di atto istitutivo del trust.

b) I risparmiatori versano alla S.G.R. le somme destinate all’investimento: costoro assumono pertanto, al tempo stesso, la qualità di disponenti e di beneficiari del trust.

c) L’insieme delle somme versate alla S.G.R. dai

risparmiatori costituisce il fondo del trust, cioè un patrimonio separato (ovvero segregato) dal restante patrimonio della S.G.R., in quanto destinato all’attività d’investimento prevista nel regolamento ed all’esclusivo soddisfacimento dei risparmiatori-beneficiari (il fondo del F.C.I. pertanto – è bene evidenziarlo fin d’ora – non è un soggetto di diritto distinto dalla S.G.R., ma è un patrimonio affetto dal cennato vincolo di destinazione e di cui la stessa S.G.R. è titolare).

d) Per effetto di quanto ora esposto *sub c)*, la S.G.R. assume la qualità di trustee.

e) A fronte dei versamenti effettuati dai risparmiatori aderenti al F.C.I., la S.G.R. emette dei titoli di partecipazione ad esso, detti “certificati o quote del fondo”<sup>(10)</sup> ed attestanti la loro qualità di beneficiari del trust<sup>(11)</sup>.

### Note:

(6) Per spunti in tal senso cfr. ad es. A. Nigro, voce “Investment trust”, Enc. dir., vol. XXII, Milano, 1972, 690; G. P. Savi, voce “Società finanziaria (“Holding”) e società d’investimento (“Investment trust”)", Nuov. Dig. It., vol. XVII, Torino, 1970, 713, a p. 718.

(7) È solo quest’ultima figura, come meglio si vedrà nel prosieguo, ad assumere rilevanza nell’ambito del tema oggetto del presente scritto.

(8) In questo caso, pertanto, i “titoli di partecipazione” emessi dall’*investment trust* a fronte dell’apporto dei risparmiatori altro non sono che partecipazioni sociali (cioè azioni o quote).

(9) D’ora in avanti, per brevità: “S.G.R.”.

(10) In inglese denominati, per lo più, “units”.

(11) Nell’analisi del *contractual investment trust* proposta, pertanto, la S.G.R. si limita a redigere l’atto istitutivo del trust e non assume il ruolo di disponente, che si ritiene preferibile attribuire invece ai risparmiatori, in quanto in effetti sono costoro ad attuare la dotazione patrimoniale del trust. Ne discende una ricostruzione del trust utilizzato per dar vita al F.C.I. in termini di trust “dinamico”, cioè di trust con trasferimento di beni da un disponente (nel caso: i risparmiatori che aderiscono al fondo, che sono altresì i beneficiari del trust medesimo) ad un trustee (nel caso: la S.G.R.). Ciò sulla falsariga di quanto parrebbe proposto altresì da un illustre autore (cfr. M. Lupoi, *Trusts*, II ed., Milano 2001, p. 688 s.; sul punto cfr. anche *infra*, nota 61). Ci si discosta così, consapevolmente, da quanto parrebbe sostenuto (sia pure in modo apodittico) da altra dottrina (cfr. ad es. G. P. Savi, voce “Società finanziaria” [*supra*, nota 6], a p. 719), per la quale la S.G.R. assumerebbe invece il ruolo di disponente: ove quest’ultima impostazione fosse esatta, pertanto, ci troveremmo di fronte ad un trust “statico”, nel quale cioè il disponente (nel caso: la S.G.R.) si autodichiara trustee dei beni di cui già è titolare (nel caso: delle somme versate dai risparmiatori aderenti al fondo), istituendo un trust del quale – al solito – beneficiari sono gli investitori. Occorre altresì precisare che nel testo si è volutamente proposto uno schema semplificato del *contractual investment trust*, in quanto all’operazione partecipa non solo la S.G.R., ma anche un altro soggetto (trattasi di una banca o di una società finanziaria): in tale contesto, la S.G.R. gestisce il fondo ed assume il ruolo di “manager trustee”, mentre il soggetto di cui si è detto svolgere mansioni sia di custodia degli strumenti finanziari e delle disponibilità liquide del fondo (che sono ad esso intestati), sia di controllo della regola-

(Segue)

Come sopra chiarita la differenza fra *statutory* e *contractual investment trust*(12), occorre precisare che questi organismi per l'investimento collettivo possono essere "open-end" (cioè aperti) ovvero "closed-end" (cioè chiusi): nel primo caso l'importo del fondo in cui viene convogliato il risparmio raccolto non è predeterminato (sì che sono ammesse in ogni momento nuove adesioni) ed il sottoscrittore può uscire dal fondo in qualunque momento, ottenendo la liquidazione della propria quota; nel secondo caso, invece, l'importo del fondo è predeterminato (sì che, una volta raccolto il risparmio collettivo nella misura indicata dal regolamento del fondo, nessuna ulteriore sottoscrizione è possibile) e la quota del sottoscrittore è liquidabile solo alla scadenza del fondo (sì che l'unico modo per uscire anticipatamente da questo tipo di fondo ovvero per aderirvi consiste, rispettivamente, nel vendere la propria quota ad un terzo ovvero nell'acquistare la quota da uno dei sottoscrittori)(13).

È pertanto evidente che mentre un *contractual investment trust* ben si adatta tanto alla forma chiusa quanto a quella aperta, uno *statutory investment trust* di tipo *open-end* postula la configurabilità, nell'ordinamento giuridico di riferimento, di una società a capitale variabile e non gravata da limiti normativi in tema di riacquisto delle proprie partecipazioni sociali.

Pur se non vi è concordia sul punto, si tende a far risalire l'ingresso dell'*investment trust* nell'esperienza giuridica anglosassone alla seconda metà del XIX secolo, allorché comparvero in Inghilterra e Scozia le prime strutture di tal genere(14), le quali facevano ricorso al trust e dunque appartenevano alla tipologia "*contractual*"(15).

Le ragioni dell'utilizzo del trust si spiegano(16) con il fatto che nel Regno Unito, nella vigenza del cosiddetto Bubble Act del 1720(17), esso appariva lo strumento ideale per eludere il divieto – contenuto in detta legge – di esercitare un'impresa commerciale in forma associata facendo ricorso ad un organismo non già munito della personalità giuridica grazie al riconoscimento governativo (cioè la *company*), bensì privo di detta personalità (cosiddetto "*unincorporated body*")(18).

Ne discendeva che, nella prassi, le aggregazioni di soggetti cui la personalità giuridica non veniva concessa finivano per esercitare comunque la loro impresa collettiva affidando i beni strumentali all'esercizio della medesima ad uno o più trustee ed attribuendosi il ruolo di beneficiari del trust in tal modo istituito (il compito attribuito al trustee era quindi quello di amministrare i beni onde realizzare il fine dell'impresa collettiva non personificata)(19); ciò

Note:

(Continua nota 11)

rità della gestione della S.G.R., assumendo il ruolo di "custodian trustee". È del resto normale che, in certi tipi di trust, i beni siano intestati ad un *custodian trustee*, il quale altro non è che un *nominee* del *manager trustee* (cfr. d'altro canto l'art. 2, § 2, lettera b della Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985 – della quale si dirà nel prosieguo – che afferma: "i beni in trust sono intestati al trustee o ad altro soggetto per conto del trustee"). Sul dualismo *manager trustee-custodian trustee* cfr. altresì M. Graziadei, Diritti nell'interesse altrui. Undisclosed agency e trust nell'esperienza giuridica inglese, Università di Trento, 1995, p. 351 s. La figura della banca-custode è stata recepita anche dalla nostra legislazione in tema di F.C.I. (cfr. *infra*, nota 55).

(12) Non sarà sfuggito al lettore più attento il fatto che il cosiddetto *statutory investment trust*, in realtà, nulla ha a che fare con il trust, in quanto attua le finalità dell'investimento collettivo creando una società-persona giuridica di cui i risparmiatori divengono soci. La persistente qualificazione di un fenomeno siffatto in termini di *investment trust*, pertanto, si spiega con ragioni di ordine meramente storico (sul punto cfr. ad es. A. Nigro, voce "Investment trust" [*supra*, nota 6], a p. 691, nota 6): come subito si vedrà nel testo, infatti, nell'esperienza anglosassone i primi organismi d'investimento collettivo furono attuati – nella seconda metà del XIX secolo – facendo ricorso al trust, sì che la denominazione "investment trust" per tali organismi utilizzata finì per designare – impropriamente – anche esperienze d'investimento collettivo attuate in epoca successiva mediante il (ben differente) strumento societario.

(13) Cfr. per tutti A. Nigro, voce "Investment trust" [*supra*, nota 6], a p. 697 s., per il quale nelle strutture *open-end* "Le dimensioni del patrimonio variano continuamente in relazione all'emissione ed al rimborso delle quote di partecipazione. In sostanza, si riscontrano in questo tipo le seguenti caratteristiche: l'obbligo, per gli organi di gestione, di riacquistare in qualsiasi momento i certificati (o le azioni) emessi, su semplice richiesta dei sottoscrittori (recesso dei partecipanti e diminuzione del patrimonio); la facoltà per i suddetti organi di emettere nuovi certificati (o azioni) a favore di successivi sottoscrittori (ammissione di nuovi partecipanti e aumento del fondo)"; quanto alle strutture *closed-end*, per il citato autore in esse "Le dimensioni del patrimonio restano immutabili e non vi è vendita o riacquisto continuo dei titoli di partecipazione. In sostanza, questo tipo di *investment trust* emette titoli di partecipazione fino a raggiungere un certo prestabilito ammontare di capitale: raggiunto questo livello, chi vuole acquistare certificati dovrà rivolgersi ad uno dei partecipanti; e, d'altra parte, quello dei partecipanti che vuole cedere i suoi certificati dovrà trovare direttamente un acquirente".

(14) Si è soliti menzionare al riguardo organismi come la Scottish-American Investment Company (1860), l'International Financial Society (1863), la London Financial Association (1863) e la Foreign and Colonial Government Trust (1868).

(15) Per cenni storici in tema di *investment trust* cfr. B. Libonati, Holding ed investment trust, Milano, 1967, p. 466 s. (l'edizione originale è del 1959); A. Nigro, voce "Investment trust" [*supra*, nota 6], a p. 694 s.; G. P. Savi, voce "Società finanziaria" [*supra*, nota 6], a p. 719 s.; M. Graziadei, Diritti nell'interesse altrui [*supra*, nota 11], p. 362 s.

(16) Cfr. M. Graziadei, Diritti nell'interesse altrui [*supra*, nota 11], p. 362 s.

(17) Cioè dello Statute 6 Geo. I c. 18 (così M. Graziadei, Diritti nell'interesse altrui [*supra*, nota 11], p. 362, nota 82).

(18) Tale divieto fu in sostanza ribadito da una legge successiva – il Company Act del 1862 – il quale proibiva la creazione di un'associazione di più di venti persone non costituita in forma di *registered company* allo scopo di esercitare un'attività lucrativa.

(19) "An unincorporated group could not hold property, but property could be held in trust for it. The unity of purpose of the group was thus committed to the care of a body of trustees acting under a trust deed" (co-

(Segue)

**Saggi**

finì per accadere anche per i primi organismi d'investimento collettivi, in quanto il risparmio apportato dagli investitori venne affidato ad un trustee che avrebbe dovuto gestirlo nell'interesse di costoro.

Nel 1879 una sentenza del Master of Rolls<sup>(20)</sup> apparve infliggere un duro colpo alla prassi in questione, dichiarandola illegale, ma tale decisione venne prontamente riformata in sede di appello<sup>(21)</sup>.

A fianco della forma *contractual*, ben presto comparvero nel Regno Unito gli *investment trust* di tipo *statutory*; tale complessiva esperienza finì per diffondersi nel restante mondo anglosassone e per suscitare interesse (a partire dall'inizio del XX secolo) anche nell'Europa continentale, Italia inclusa.

Occorre a questo punto precisare che la successiva analisi si concentrerà sulla sola figura del *contractual investment trust*<sup>(22)</sup>, sia perché è a tale tipologia di organismo che si è ispirata la nostra legislazione in tema di F.C.I.<sup>(23)</sup>, sia soprattutto perché, come si è visto al § 1, l'art. 4 della L. 23 novembre 2001, n. 410 prevede lo strumento dei F.C.I.I. per attuare la dismissione degli immobili pubblici.

### § 3. Il lento processo di recepimento del *contractual investment trust* nell'ordinamento italiano.

In Italia l'interesse per la figura del *contractual investment trust* è sorto all'incirca mezzo secolo fa; in tale epoca, caratterizzata da un ancora limitato approfondimento degli studi in tema di trust da parte della nostra dottrina<sup>(24)</sup> e da limitate occasioni di contatto dell'istituto con la nostra giurisprudenza<sup>(25)</sup>, è naturale che risultassero difficoltose la piena comprensione del fenomeno e la sua riconduzione all'interno delle nostre tradizionali categorie civilistiche.

Trattavasi di un periodo storico in cui il trust era ritenuto istituto incompatibile con i principî del nostro ordinamento giuridico essenzialmente per due motivi:

a) in quanto fonte di uno "sdoppiamento della proprietà" fra trustee e beneficiario (titolari – si assumeva – l'uno della "proprietà formale", l'altro della "proprietà sostanziale" dei beni in trust), inammissi-

**Note:**

(Continua nota 19)  
si C. A. Cooke, *Corporation, trust e company. An essay in legal history*, Cambridge, Mass., 1951, p. 86). Sull'utilizzo del trust nell'esperienza inglese onde aggirare le problematiche sottese alla presenza di organismi

collettivi privi della personalità giuridica cfr. altresì G. C. Cheshire, *Il concetto del trust secondo la common law inglese*, Torino, 1998, p. 57 s. (l'edizione originale è del 1933).

(20) Trattasi di *Sykes v Beadon* (1879) 11 Ch.D. 170.

(21) Si veda *Smith v Anderson* (1870) 15 Ch.D. 247.

(22) In Inghilterra, l'attuale normativa di riferimento in materia è il Financial Services Act del 1986 (come modificato dal Financial Services and Markets Act del 2000) che incisivamente definisce la figura come "A collective investment scheme under which the property in question is held on trust for the participants" e per il quale il diritto degli investitori-beneficiari "shall consist of units [...] each unit representing one undivided share in the property of the scheme". Tale normativa (per maggiori dettagli, cfr. M. Graziadei, *Diritti nell'interesse altrui* [supra, nota 11], p. 352 s.) impone quella separazione di ruoli fra *manager trustee* e *custodian trustee* cui si è accennato supra, nota 11.

(23) La tipologia dello *statutory investment trust*, invece, ha condotto alla creazione di strutture come le SICAV (Società d'Investimento a Capitale Variabile), regolate prima con D. Lgs. n. 84 del 25 gennaio 1992 e poi con gli artt. 43-50 del D. Lgs. n. 58 del 24 febbraio 1998 (il cui art. 214 ha abrogato il citato D. Lgs. n. 84 del 25 gennaio 1992, ad eccezione dell'art. 14).

(24) Si pensi che la prima monografia in materia di trust è del 1935 (R. Franceschelli, *Il trust nel diritto inglese*, Padova, 1935) e che ad essa hanno fatto seguito, nei cinquanta anni successivi, soltanto cinque articoli su riviste (C. Grassetti, *Il trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, Riv. dir. comm., 1936, 548; C. Angeloni, *Il trust receipt* nella prassi bancaria anglosassone, Banca borsa, 1938, I, 37; E. Calabi, *Anticipazioni di merci mediante "trust receipt"*, Riv. dir. comm., 1951, I, 137; G. Bisconti, *Deposito in nome di terzo e disposizione di ultima volontà*, Banca borsa, 1959, I, 100; M. Buonincontro, *Trust e civil law*, Riv. dir. civ., 1959, II, 680), due voci in enciclopedie giuridiche (R. Franceschelli, voce "Trust e trustee", Dig. disc. priv., Sez. civ., Torino, 1940, 569; G. Corsani, *Consegna "in trust"*, Enc. bancaria, Milano, 1942, I, 452) e tre monografie (L. Bernardi, *Il "trust" nel diritto internazionale privato*, Studi nelle scienze giuridiche e sociali, Università di Pavia, XXXV, 1957; P. G. Jaeger, *La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento*, Milano, 1968; M. Lupoi, *Appunti sulla real property e sul trust nel diritto inglese*, Milano, 1971). Quanto agli scritti di quel periodo specificamente dedicati all'*investment trust*, oltre a A. Nigro, voce "Investment trust" [supra, nota 6], G. P. Savi, voce "Società finanziaria" [supra, nota 6] ed a B. Libonati, *Holding ed investment trust* [supra, nota 15], si vedano T. Bianchi, *L'investment trust*, Milano, 1963; Aa. Vv., *La diffusione della ricchezza mobiliare: investment trust e azionariato popolare: atti del VI convegno di studi di politica economica e finanziaria*, Ancona, 8-9 settembre 1962, Milano, 1963; Aa. Vv., *L'investment trust nelle esperienze e nei progetti europei*, Padova, 1967; D. Velo, *Gli investment trusts: redditività e influenza della loro gestione sul mercato finanziario nell'esperienza statunitense*, Milano, 1971; A. Santangelo, *L'investment trust: profili e strutture comparate*, Dir. fall., 1982, I, 737, nonché gli ulteriori scritti indicati infra, note 28 s. Solo a partire dalla metà degli anni ottanta, con l'approvazione della Convenzione de L'Aja e la sua successiva ratifica, si assisterà ad una vera e propria proliferazione degli studi sul trust (cfr. la Bibliografia degli scritti italiani sui trust, infra, 148).

(25) Si pensi che fino alla metà degli anni novanta dello scorso secolo si potevano contare solo 5 pronunzie in tema di trust, delle quali due risalivano alla fine del precedente XIX secolo ed una all'inizio del XX secolo (cfr. App. Cagliari, 12 maggio 1898, Giur. it., 1898, I, 2, 612; Cass. Roma, 21 febbraio 1899, Giur. it., 1899, I, 2, 216; Foro it., 1900, I, 501; in questa Rivista, 2003, 454; Cass. Napoli, 29 marzo 1909, Giur. it., 1909, I, 1, 649; Trib. giudiz., 1909, 249; in questa Rivista, 2003, 638; Trib. Oristano, 15 marzo 1956, Foro it., 1956, I, 1019; in questa Rivista, 2003, 294, e Trib. Casale Monferrato, 13 aprile 1984, Riv. not., 1985, 240; Giur. it., 1986, I, 754; in questa Rivista, 2003, 93). Per una ampia disamina di tali pronunzie cfr. S. Bartoli, *Il Trust*, Milano, 2001, p. 725 s. con ampi riferimenti bibliografici. Al solito, fu la Convenzione de L'Aja a far lievitare il numero delle decisioni in materia.

bile alla luce del principio del numero chiuso dei diritti reali(26);

b) in quanto fonte di un'ipotesi di patrimonio separato non prevista da alcuna norma italiana e dunque contrastante con la riserva di legge fissata dall'art. 2740, II comma cod. civ.

Nel ricostruire il fenomeno, pertanto, la dottrina dovette andare alla ricerca di strutture giuridiche alternative, le quali non a caso(27) divergono fra loro in punto di individuazione del soggetto da ritenersi proprietario del patrimonio apportato nel F.C.I. dai risparmiatori.

Un primo orientamento(28) ritenne che il F.C.I. desse vita ad una situazione di comproprietà del fondo fra i risparmiatori (per quote corrispondenti alla somma di denaro versata) e che questi ultimi stipulassero con la S.G.R. un contratto di mandato avente ad oggetto l'attività d'investimento del fondo stesso.

Una seconda tesi(29) ritenne invece che la costituzione del F.C.I. determinasse la nascita di un nuovo soggetto di diritto non personificato, distinto tanto dalla S.G.R. quanto dai singoli risparmiatori: si sarebbe trattato del fondo stesso, ente titolare di un "patrimonio destinato allo scopo" (avente natura di "fondazione" secondo taluno(30), di "associazione atipica" secondo altri(31)) composto dei risparmi apportati dagli investitori e che gestisce i medesimi in ossequio al regolamento del F.C.I. (avente natura di atto costitutivo di tale ente).

Un terzo orientamento(32), infine, ritenne che il fondo del F.C.I. appartenesse alla S.G.R. e che ad esso, trattandosi di patrimonio affetto da un vincolo di destinazione (cioè destinato all'attività d'investimento nell'interesse dei sottoscrittori ed all'esclusivo soddisfacimento di costoro), dovesse attribuirsi natura di patrimonio separato dal restante patrimonio personale della S.G.R.(33).

La teoria della comproprietà del fondo fra i risparmiatori venne sottoposta a numerose censure(34), in quanto:

a) la comunione implica il mero godimento dei beni comuni, cioè il ricavo dai medesimi di quelle utilità che essi sono in grado di dare naturalmente ed a prescindere dall'esercizio di un'attività ad essi relativa, mentre nel F.C.I. la finalità è quella di trasformare quanto conferito (denaro) in beni di altra natura (valori mobiliari o immobiliari) esercitando un'attività economica d'investimento;

b) nella comunione, i comunisti vantano sui beni i poteri e diritti spettanti al proprietario, mentre nel

F.C.I. i risparmiatori non hanno diritto al godimento immediato dei titoli in cui il fondo viene investito, ma vantano un diritto di credito nei confronti della S.G.R. a conseguire le utilità rivenienti dall'attività d'investimento;

c) nella comunione, i comunisti hanno poteri amministrativi che nel F.C.I. i risparmiatori non hanno affatto, poiché tali poteri sono affidati alla discrezio-

Note:

(26) Trattasi di teoria elaborata per la prima volta, com'è noto, da R. Franceschelli, Il trust nel diritto inglese [supra, nota 24] e che ha goduto di una notevole diffusione nel nostro Paese in epoca anteriore alla Convenzione de L'Aja. In epoca successiva ad essa, cadute all'evidenza le ragioni ostative al riconoscimento dei trust stranieri nel nostro ordinamento, detta tesi ha costituito uno dei pilastri su cui poggia l'orientamento (che tende ormai ad essere minoritario) contrario all'ammissibilità dei cosiddetti trust interni (per un'elencazione dei fautori della tesi della doppia proprietà cfr. S. Bartoli, Il Trust [supra, nota 25], p. 96 s.; quanto al tema del trust interno, su di esso si avrà modo di tornare infra, nota 46).

(27) Il disagio della nostra dottrina nell'individuazione del "proprietario" del fondo, infatti, discendeva – e tuttora, come si vedrà, discende – dalla scarsa comprensione dell'istituto del trust, costituente il fulcro delle tipologie "contractual" dei F.C.I.I. anglosassoni.

(28) Cfr. B. Libonati, Holding ed investment trust [supra, nota 15], p. 627 s.; R. Corrado, L'investment trust nell'ordinamento italiano, in Studi in onore di P. Greco, I, Padova, 1965, p. 143 s.; P. Riolo, Prime note sui fondi comuni di investimento mobiliare, Riv. dir. fin., 1970, I, 269.

(29) Cfr. R. Costi, La struttura dei fondi comuni d'investimento nell'ordinamento giuridico italiano e nello schema di riforma delle società commerciali, Riv. società, 1968, 242, a p. 299; A. Nigro, voce "Investment trust" [supra, nota 6], a p. 703 s.

(30) Così R. Costi, La struttura [supra, nota 29], a p. 299 s.

(31) Così A. Nigro, voce "Investment trust" [supra, nota 6], a p. 703 s.

(32) Cfr. G. P. Savi, voce "Società finanziaria" [supra, nota 6], a p. 724 s. e a p. 727 s.; E. G. Colombo, L'introduzione dell'investment trust in Italia, in Aa. Vv., L'investment trust [supra, nota 24], 251, a p. 286; P. G. Jaeger, Sui fondi comuni d'investimento, Riv. soc., 1969, 113, a pp. 1118 e 1142.

(33) "La società di gestione non è senza limiti o vincoli nell'esercizio dei suoi poteri sui beni [...]. Non solo manca infatti ad essa la facoltà di godimento di quei beni, posta la destinazione ai sottoscrittori degli utili ritirati dalla gestione del fondo, ma l'esercizio dei poteri di amministrare e disporre deve indirizzarsi sempre e solo al perseguimento delle finalità istituzionali del fondo, sicché si può rappresentare sinteticamente la sua funzione affermando che i suoi poteri sono funzionalmente vincolati nell'interesse di altri soggetti. [...] Se si deve perciò essere d'accordo che non può parlarsi di proprietà piena (dei beni) del fondo da parte della società di gestione, ci pare invece [...] che possa senz'altro riconoscersi a questa una posizione di potere avente il carattere della realtà (nei confronti di tutti i terzi e nell'esercizio della sua attività inerente al fondo è la società di gestione che appare e viene considerata titolare dei beni di questo) e che, data la funzionalizzazione ad interessi altrui, si può convenire di chiamare [...] proprietà-funzione [...]" (così G. P. Savi, voce "Società finanziaria" [supra, nota 6], a p. 727 s.).

(34) Ben compendiate in G. P. Savi, voce "Società finanziaria" [supra, nota 6], a p. 723 s.; S. Tondo, Ambientazione del trust nel nostro ordinamento e controllo notarile sul trustee, Riv. dir. priv., 1997, 174, a p. 176.

## Saggi

nalità (sia pure vincolata al rispetto del regolamento del fondo) della S.G.R.;

d) nella comunione, il comunista ha di regola il potere di chiederne lo scioglimento anticipato (cfr. art. 1111 cod. civ.), mentre nel F.C.I. la fine del fondo si avrà solo una volta giunta la scadenza fissata nel regolamento;

e) lo scioglimento di una comunione comporta l'attribuzione al singolo comunista di una porzione in natura (*pars quanta*) dei beni comuni corrispondente alla quota ideale (*pars quota*), salvo che si tratti di beni non comodamente divisibili (cfr. art. 1114 cod. civ.), mentre nel F.C.I. la regola è l'attribuzione al risparmiatore, al termine del fondo, di una somma di denaro d'importo pari al valore della sua quota (l'attribuzione di titoli al posto del denaro costituirebbe infatti un'anomalia, discendente dal fatto che la S.G.R. non è riuscita a liquidare, in tutto o in parte, i titoli in portafoglio al termine del fondo);

f) delle obbligazioni discendenti dalla comunione i comunisti rispondono non solo con i beni comuni, ma anche con i loro restanti beni personali, mentre nel F.C.I. i risparmiatori rispondono delle obbligazioni del fondo soltanto nei limiti della somma versata;

g) nella comunione il creditore personale del comunista può soddisfarsi sulla sua quota, cioè su una porzione di beni comuni di valore corrispondente alla quota del comunista, mentre nel F.C.I. un creditore siffatto può agire sulla quota di partecipazione di cui è titolare il risparmiatore suo debitore, cioè sul credito da costui vantato nei confronti del F.C.I., ma non (neppure *pro quota*) sui beni facenti parte del fondo.

Critiche non minori<sup>(35)</sup> furono indirizzate alla tesi della soggettività non personificata del fondo del F.C.I., in quanto:

a) la tesi dell'ente fondazionale<sup>(36)</sup> presuppone la configurabilità di una fondazione non riconosciuta (ipotesi assai controversa)<sup>(37)</sup>, che svolge esclusivamente attività d'impresa (ipotesi tutto sommato ammissibile) e che persegue un fine non altruistico (ipotesi di difficile ammissibilità)<sup>(38)</sup>;

b) la tesi dell'ente associativo atipico<sup>(39)</sup> appare radicalmente al di fuori del nostro ordinamento<sup>(40)</sup>.

Quanto, infine, alla tesi del fondo come patrimonio separato dal restante patrimonio della S.G.R., essa era (e resta) indubbiamente la più aderente alla struttura del F.C.I. anglosassone di tipo *contractual*, cioè utilizzante il trust (in quanto individuava in sostanza in capo alla S.G.R. quella situazione proprie-

taria "vincolata nel fine" che è tipica del trustee, senza il non necessario orpello del fondo-nuovo soggetto di diritto), ma non poté sottrarsi alle critiche della dottrina<sup>(41)</sup> ancora legata al concetto tradizionale di proprietà (cioè all'idea di proprietà come diritto di usare e di godere del bene nel proprio esclusivo interesse, e non nell'interesse altrui come accadeva per la S.G.R. nei F.C.I.) ed alla fuorviante idea del trust quale fonte di un'inammissibile doppia proprietà su uno stesso bene.

Tale dottrina, probabilmente, non aveva riflettuto a sufficienza sul fatto che nel nostro codice civile, in realtà, già esistono ipotesi di proprietà vincolata nel fine (e quindi fonte di un patrimonio separato) non troppo distanti dalla proprietà del trustee (mi riferisco, in principalità, alla proprietà oggetto di un fondo patrimoniale ed alla proprietà del mandatario senza rappresentanza<sup>(42)</sup>): un'attenta considerazione di queste ipotesi avrebbe probabilmente condotto, pertanto, a ridimensionare la portata asseritamente "eversiva" della tesi del fondo del F.C.I. come patrimonio separato.

## Note:

(35) Per le quali cfr. ancora le sintesi di G. P. Savi, voce "Società finanziaria" [*supra*, nota 6], a pp. 725-727 e di S. Tondo, Ambientazione del trust [*supra*, nota 34], a p. 176 s.

(36) Cfr. *supra*, nota 30.

(37) Ammette la fondazione non riconosciuta F. Galgano, Sull'ammissibilità di una fondazione non riconosciuta, Riv. dir. civ., 1963, II, 172; in senso contrario, però, la dottrina prevalente (G. Tamburrino, Persone giuridiche. Associazioni riconosciute. Comitati, in W. Bigiavi (cur.), Giur. sistematica di diritto civile e commerciale, Torino, 1980, p. 497 s.; P. Rescigno, Persona e comunità, II, Padova, 1988, p. 33) e la Suprema Corte (Cass., 24 agosto 1979, n. 4681, Giust. civ. Mass., 1979, fasc. 8).

(38) Cfr. ad es. P. G. Jaeger, Sui fondi comuni [*supra*, nota 32], a p. 1133; G. P. Savi, voce "Società finanziaria" [*supra*, nota 6], a p. 726 s.

(39) Cfr. *supra*, nota 31.

(40) Cfr. G. P. Savi, voce "Società finanziaria" [*supra*, nota 6], a p. 727, nota 4.

(41) Cfr. per tutti R. Costi, La struttura dei fondi [*supra*, nota 29], a p. 292 s.

(42) Un'approfondita analisi delle analogie e differenze fra trust da un lato e fondo patrimoniale e mandato senza rappresentanza dall'altro lato è stata infatti condotta dalla dottrina solo nell'ultimo decennio del secolo scorso: cfr. S. Bartoli, Il Trust [*supra*, nota 25], p. 314 s. e p. 343 s., con ampia bibliografia; Id., La conversione del fondo patrimoniale in trust, in M. Dogliotti - A. Braun (curr.), Il trust nel diritto delle persone e della famiglia, Milano, 2003, 207; M. L. Cenni, Trust e fondo patrimoniale, in M. Dogliotti - A. Braun (curr.), Il trust nel diritto delle persone e della famiglia [*supra*, in questa nota], 111. Più in generale, per le ragioni della non configurabilità del trust quale fonte di una doppia proprietà, v. *amplius* S. Bartoli, Il Trust [*supra*, nota 25], p. 98 s. e p. 582 s. con ampia bibliografia.

Ne discende che l'unica obiezione realmente insuperabile alla ricostruzione del F.C.I. in termini di patrimonio separato era, in quell'epoca, rappresentata dal fatto che l'art. 2740, Il comma cod. civ. demanda alle norme di legge il compito di inserire nell'ordinamento nuove ipotesi di limitazione di responsabilità(43).

In questa incertezza interpretativa nacquero e si svilupparono svariati progetti di legge sui F.C.I.; dopo una ventina d'anni, si giunse così all'entrata in vigore della legge n. 77 del 23 marzo 1983, la quale introduceva la figura del F.C.I. mobiliare di tipo *open-end*, palesemente ispirandosi alla tipologia del *contractual investment trust*.

Forse i tempi non erano ancora maturi per qualificare il F.C.I. come trust (la Convenzione de L'Aja era, infatti, ancora da venire), ma tale legge, poiché di fatto si muove in stretta aderenza al modello anglosassone di riferimento, ben avrebbe potuto almeno parlare in modo inequivoco del fondo come di un patrimonio separato appartenente alla S.G.R.

La norma chiave in materia, cioè l'art. 3, Il comma(44), nella sua approssimativa dizione palesa invece tutto il disagio del legislatore nel "metabolizzare" l'istituto: vi si parla infatti di patrimonio "distinto" dal patrimonio della S.G.R. e da quello dei risparmiatori, usando cioè un aggettivo che non sopirà affatto le dispute circa l'individuazione del proprietario del fondo del F.C.I.

Il 1° luglio del 1985 venne approvata anche dall'Italia la Convenzione de L'Aja(45): ratificata dal nostro Stato con legge 16 ottobre 1989, n. 364, essa entrò in vigore il 1° gennaio 1992.

L'avvenuta approvazione di detta Convenzione avrebbe dovuto esser fonte di una maggiore familiarità del legislatore con l'istituto del trust, in quanto essa ha fatto venir meno ogni pregiudiziale opposizione nei confronti tanto dei trust "esteri" quanto – sia pure nel contesto di un acceso dibattito non ancora del tutto sopito(46) – nei confronti dei trust "interni" (cioè dei trust istituiti in Italia e privi di elementi d'internazionalità, eccezion fatta per la legge regolatrice).

I successivi passi compiuti dal nostro legislatore in tema di F.C.I. dimostrano, invece, che la sua scarsa dimestichezza con il trust è rimasta pressoché intatta.

L'art. 2 del D. Lgs. n. 83 del 25 gennaio 1992, nel modificare l'art. 3, Il comma della citata legge n. 77 del 23 marzo 1983(47), continua infatti ad ignorare la parola "trust" e parla del fondo del F.C.I. come di

un patrimonio "autonomo, distinto" dal patrimonio della S.G.R. e da quello dei risparmiatori.

Note:

(43) Come già all'epoca intuiva G. P. Savi, voce "Società finanziaria" [*supra*, nota 6], a p. 727 s., il quale conclude nel senso che, nel regolare i F.C.I., il legislatore italiano si sarebbe posto nella prospettiva corretta solo seguendo la via del patrimonio separato.

(44) Eccone il testo integrale: "Ciascun fondo comune costituisce 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. Sul fondo non sono ammesse azioni dei creditori della società gerente. Le azioni dei creditori dei singoli partecipanti sono ammesse soltanto sulle quote di partecipazione dei medesimi".

(45) Per un commento ad essa cfr., limitatamente alla dottrina italiana, A. Gambaro – A. Giardina – G. Ponzanelli (curr.), Convenzione relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento, Nuove leggi civ., 1993, 1211; M. Lupoi, Trusts [*supra*, nota 11], p. 578 s.; S. Bartoli, Il Trust [*supra*, nota 25], p. 500 s.; T. Arrigo – S. Cavanna – E. Marè, Convenzione dell'Aja sulla legge applicabile ai trusts ed al loro riconoscimento, in G. Alpa – P. Zatti (curr.), Commentario breve al codice civile. Leggi complementari, Padova, 1999, 5, a p. 24 e a p. 33 s.; G. Contaldi, Il trust nel diritto internazionale privato italiano, Milano, 2001.

(46) La tesi – ormai dominante – favorevole ai trust interni è stata per la prima volta elaborata da M. Lupoi (cfr. M. Lupoi, Trusts [*supra*, nota 11], p. 533 s.; Id., I trust nel diritto civile, in Trattato di diritto civile, a cura di R. Sacco, Torino, 2004; Id., Legittimità dei trusts "interni", in I. Beneventi (cur.), I trusts in Italia oggi, Milano, 1996, 29, a p. 30 s.; Id., Il trust nell'ordinamento giuridico italiano dopo la Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985, Vita not., 1992, 962, a p. 978 s.; Id., Lettera a un notaio curioso di trusts, Riv. not., 1996, 343, a p. 348 s.; Id., Lettera a un notaio conoscitore dei trusts, Riv. not., 2001, I, 1159; in questa Rivista, 2002, 169; Id., Riflessioni comparatistiche sui trusts, Europa e dir. privato, 1998, 425, a p. 436 s.; Id., La sfida dei trusts in Italia, Corriere giur., 1995, 1205; Id., La ratifica della Convenzione dell'Aja e il trust in Italia: problemi e prospettive, in ABI – Associazione bancaria italiana, Il trust nella operatività delle banche italiane, Roma, 1997, 13, a p. 17 s.). In dottrina, hanno tra gli altri aderito alla tesi in questione: S. Bartoli, Il Trust [*supra*, nota 25], p. 597 s.; A. De Donato – V. De Donato – M. D'Errico, Trust convenzionale – Lineamenti di teoria e pratica, Roma, 1999, p. 80 s.; A. Braun, Trusts interni, Riv. dir. civ., 2000, II, 573, a p. 577 s.; L. Salvatore, Il trend favorevole all'operatività del trust in Italia: esame ragionato di alcuni trusts compatibili in un'ottica notarile, Contratto e impr., 2000, 644; U. Morello, Fiducia e trust: due esperienze a confronto, in Aa. Vv., Fiducia, trust, mandato ed agency, Milano, 1991, 17, a p. 97 s.; R. Luzzatto, "Legge applicabile" e "riconoscimento" di trusts secondo la Convenzione dell'Aja, in questa Rivista, 2000, 7, a p. 14 s.; 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; S. Buttà, Effetti diretti della Convenzione dell'Aja nell'ordinamento italiano, in questa Rivista, 2000, 551, a p. 557 s.; A. Gambaro, Il diritto di proprietà, in Trattato di diritto civile e commerciale, a cura di A. Cicu – G. Messineo, Milano, 1995, p. 637 s.; Id., voce "Trusts", Dig. disc. priv., Sez. civ., vol. XIX, Torino, 1999, 449, a p. 464 s. Per la giurisprudenza sui trusts interni cfr. A. Braun, La giurisprudenza italiana sui trusts, in M. Dogliotti – A. Braun (curr.), Il diritto delle persone e della famiglia [*supra*, nota 42], 37; S. Bartoli, Il Trust [*supra*, nota 25], p. 725 s. ed il sito Internet dell'associazione "Il trust in Italia" all'indirizzo <http://www.il-trust-in-italia.it>.

(47) Ecco il testo risultante dalla modifica: "Ciascun fondo comune costituisce patrimonio autonomo, 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. I creditori della società di gestione non possono far valere i loro diritti sul fondo. I creditori dei singoli partecipanti possono far valere i loro diritti esclusivamente sui certificati di partecipazione di questi ultimi".

**Saggi**

L'aggiunta dell'aggettivo "autonomo" nella nuova formulazione della norma ha fatto ritenere a taluno(48) che il legislatore avesse optato per la soggettivizzazione del fondo del F.C.I., ma le successive scelte legislative appaiono dimostrare come dietro all'uso di tale aggettivo non vi fosse, in realtà, alcun disegno preciso(49), in quanto:

a) la legge n. 344 del 14 agosto 1993, che ha introdotto la figura del F.C.I. mobiliare chiuso, all'art. 8, VI comma torna a qualificare il fondo come patrimonio "distinto"(50);

b) altrettanto fa la legge n. 86 del 25 gennaio 1994, che ha introdotto il F.C.I. immobiliare chiuso, al suo art. 12, VI comma(51).

Non a caso, infatti, sia successivamente alla legge n. 77 del 23 marzo 1983 che successivamente al D. Lgs. n. 83 del 25 gennaio 1992 ed alle leggi n. 344 del 14 agosto 1993 e n. 86 del 25 gennaio 1994 (52) una notevole parte della dottrina ha continuato a qualificare il fondo del F.C.I. come patrimonio separato appartenente alla S.G.R.(53).

Si è giunti infine all'approvazione del D. Lgs. n. 58 del 24 febbraio 1998 (cosiddetto Testo Unico sul-

**Note:**

(48) Cfr. ad es. P. L. Carbone, Organismi di investimento collettivo in valori mobiliari (D. L. 25 gennaio 1992, n. 89). Commentario, Nuove leggi civ., 1993, 146, a p. 157, che afferma: "La definizione di patrimonio autonomo rappresenta un'ulteriore consapevole precisazione ordinamentale [...] diretta a ripartire ed a ripercorrere la c.d. terza via, superando ogni discussione fra le due tesi opposte [...] tra la comunione dei partecipanti, da un lato, e la proprietà separata [...] della società di gestione, dall'altro"; R. Lener, voce "Valori mobiliari. Soggetti intermediari", Enc. giur., Roma, 1994, p. 2, secondo il quale "la nuova dizione ha sostituito quella di patrimonio distinto originariamente contenuta" nella legge n. 77 del 23 marzo 1983 "in tal modo perfezionando, in punto di scelta dei termini, il dettato legislativo, e recependo le indicazioni di quella dottrina che distingue patrimonio autonomo da patrimonio separato (entrambe subcategorie del patrimonio di destinazione), in quanto il primo costituito dai rapporti che fanno capo a più soggetti, e il secondo da rapporti che fanno capo ad uno solo". Appare evidente il richiamo dell'autore in esame alla teoria di chi (cfr. F. Santoro Passarelli, Dottrine generali del diritto civile, Napoli, 1986, p. 85 s.; L. Bigliuzzi Geri, voce "Patrimonio autonomo e separato", Enc. dir., vol. XXXII, Milano, 1982, 280) qualifica come patrimonio separato il patrimonio affetto da un vincolo di destinazione e di cui è titolare un solo soggetto (si pensi all'eredità beneficiata o al fondo patrimoniale), e come patrimonio autonomo il patrimonio affetto da un vincolo di destinazione e del quale è titolare, invece, un'organizzazione composta di una pluralità di soggetti che è priva di personalità giuridica, ma non di soggettività giuridica (si pensi all'associazione non riconosciuta, ovvero alla società di persone).

(49) Ad ulteriore riprova della confusione concettuale che appare affliggere il legislatore allorché si tratti di disciplinare istituti collegati all'istituto del trust, si consideri che in una legge dello stesso periodo (cfr. art. 6, IV comma *ter* D. Lgs. n. 124 del 21 aprile 1993 sui fondi pensione) si afferma: "I fondi pensione possono essere costituiti altresì nell'ambito del patrimonio di una singola società o di un singolo ente pubblico anche economico attraverso la formazione con apposita deliberazione di un pa-

trimonio di destinazione, separato ed autonomo, nell'ambito del patrimonio della medesima società o ente".

(50) Ecco il testo integrale della norma citata: "Ciascun fondo costituisce patrimonio distinto a tutti gli effetti dal patrimonio della società di gestione e da quelli dei partecipanti, nonché da quello di ogni altro fondo gestito dalla medesima società di gestione. Sul fondo non sono ammesse azioni dei creditori della società di gestione. Le azioni dei creditori dei singoli partecipanti sono ammesse soltanto sulle quote di partecipazione dei medesimi".

(51) La norma citata è di contenuto identico a quello dell'art. 8, VI comma L. n. 344 del 14 agosto 1993, riportato *supra*, nota 50. Si segnala inoltre che il primo F.C.I. italiano (denominato "Valore Immobiliare Globale", facente capo alla Deutsche Bank S.G.R. s.p.a. e della durata di 15 anni) è stato istituito soltanto nel novembre 1998, ha iniziato l'attività nel febbraio 1999 ed ha ottenuto la quotazione in borsa nel novembre 1999. Ad oggi i F.C.I.I. italiani sono circa una quindicina.

(52) Si evidenzia fin d'ora che l'art. 3, CXI comma L. n. 662 del 23 dicembre 1996 (legge cui già si è fatto riferimento *supra*, nota 5) introdusse un'ulteriore norma (l'art. 14 *bis*) nella L. n. 86 del 25 gennaio 1994 sui F.C.I.I. immobiliari chiusi, la quale consentiva la dismissione di immobili pubblici con la tecnica del conferimento dei medesimi in uno di siffatti F.C.I.I. Lo stesso art. 3 della citata L. n. 662 del 23 dicembre 1996, ai commi LXXXVI e s., utilizzava detta tecnica per attuare una concreta operazione di dismissione. Come si è anticipato *supra*, § 1 e come si avrà modo di vedere più diffusamente *infra*, § 4, è sulla scorta di tale norma che possono immaginarsi gli scenari aperti dall'art. 4 L. 23 novembre 2001, n. 410.

(53) Cfr. T. Salonicò, Saggio introduttivo, in Aa. Vv., I fondi comuni di investimento nella legge 77/1983, Firenze, 1985, I, a p. 30; P. Rescigno, Il patrimonio separato nella disciplina dei fondi comuni di investimento, in Aa. Vv., I fondi comuni di investimento [*supra*, in questa nota], 85; S. Tondo, Sul riconoscimento del trust nel nostro ordinamento, in Aa. Vv., Fiducia, trust [*supra*, nota 46], 117, a p. 122 s.; Id., Ambientazione del trust [*supra*, nota 34], a p. 177 s.; G. Cottino, Diritto commerciale, vol. II, Padova, 1992, p. 153; G. F. Campobasso, Diritto commerciale, vol. III, Contratti, titoli di credito, procedure concorsuali, Torino, 1994, p. 161; M. Lupoi, Trust [*supra*, nota 11], p. 687 s., sia pure esprimendosi in termini di patrimonio "segregato". Tale aggettivazione è in sintonia con quella che detto autore ha scelto di utilizzare (sin dalla prima edizione del 1997 della sua opera "Trusts", pp. 472-481) per qualificare la condizione giuridica del *trust fund*. L'autore, premesso che nel caso di patrimonio separato "esiste pur sempre un punto di passaggio unidirezionale fra il patrimonio separato e il patrimonio ordinario del soggetto: tramite esso si può comunicare l'arricchimento del patrimonio separato, che può non rimanere ivi confinato perché anche esso appartiene al soggetto titolare del patrimonio ed egli può disporne come crede", conclude nel senso che "la distinzione risiede nella incomunicabilità bidirezionale [propria del trust, n.d.a.] fra il patrimonio separato e il soggetto che ne è titolare. La peculiarità del trust [...] sta nella chiusura di quello che altrimenti sarebbe il punto di passaggio fra patrimonio generale e oggetto del trust, pur esistente perché entrambi appartengono al medesimo soggetto. Ed invece manca [...] la [...] potenziale comunicazione diretta degli arricchimenti del patrimonio generale a quello separato; un distacco totale e definitivo fra le due sfere". L'espressione "patrimonio segregato" riferita al *trust fund*, pur se ha finito per trovare ampio seguito, è stata sottoposta a severa critica da chi (cfr. S. Tondo, Ambientazione del trust [*supra*, nota 34], a p. 183 s.) l'ha definita come il frutto di un mero "anglismo di ritorno", privo di qualunque apprezzabile differenziazione rispetto al concetto nostrano di patrimonio separato: "per quanto innegabile la notevole produttività dell'analisi [condotta da M. Lupoi, n.d.a.] [...], sembrerebbe nondimeno che [...] vi si possa sempre e correttamente opporre, a mo' di un'anticritica piuttosto recisa, come la stessa radicalità e distinzione, che il *trust* sembra normalmente involgere, non sia affatto incompatibile con la logica che presiede al patrimonio separato. Al punto, anzi, da aversi l'impressione che [...] non altro poi s'arrivi a effettivamente guadagnare, sul piano della caratterizzazione qualificatoria, che una sorta di "anglismo di ritorno" [l'autore si riferisce al corrente uso da parte della dottrina di *common law*, con riguardo al fenomeno discendente dal trust, del sostantivo "segregation", n.d.a.]".

l'Intermediazione Finanziaria)(54), che ha predisposto una disciplina unitaria dei F.C.I.(55) abrogando – con il suo art. 214 – le leggi n. 77 del 23 marzo 1983, n. 344 del 14 agosto 1993 e n. 86 del 25 gennaio 1994(56) ed ancora una volta accuratamente evitando di ricostruire l'istituto in termini di trust (e di fuggare, in tal modo, le incertezze in ordine all'appartenenza del fondo).

Ai fini del tema oggetto del presente scritto, le norme-chiave del Tuif appaiono essere gli artt. 1, I comma, lettera f), 22, I e III comma, 36, VI comma e 168.

La prima norma definisce il F.C.I. come “il patrimonio autonomo, suddiviso in quote, di pertinenza di una pluralità di partecipanti, gestito in monte”.

La seconda norma si intitola “separazione patrimoniale” ed al primo comma afferma: “Nella prestazione dei servizi di investimento e accessori gli strumenti finanziari e le somme di denaro dei singoli clienti, a qualunque titolo detenuti [...] dalla S.G.R. [...] costituiscono patrimonio distinto a tutti gli effetti da quello dell'intermediario e da quello degli altri clienti. Su tale patrimonio non sono ammesse azioni dei creditori dell'intermediario [...]. Le azioni dei creditori dei singoli clienti sono ammesse nei limiti del patrimonio di proprietà di questi ultimi”; il terzo comma della stessa norma afferma poi che “salvo consenso scritto dei clienti” la S.G.R. non può “utilizzare, nell'interesse proprio o di terzi, gli strumenti finanziari di pertinenza dei clienti” da essa “detenuti a qualsiasi titolo”.

La terza norma afferma: “Ciascun F.C.I. [...] costituisce patrimonio autonomo, distinto a tutti gli effetti dal patrimonio della S.G.R. e da quello di ciascun partecipante, nonché da ogni altro patrimonio gestito dalla medesima società. Su tale patrimonio non sono ammesse azioni dei creditori della S.G.R. [...]. Le azioni dei creditori dei singoli investitori sono ammesse soltanto sulle quote di partecipazione dei medesimi. La S.G.R. non può in alcun caso utilizzare, nell'interesse proprio o di terzi, i beni di pertinenza dei fondi gestiti”.

La quarta norma, infine, si intitola “confusione di patrimoni” e considera reato la condotta della S.G.R. che, “al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, viola le disposizioni concernenti la separazione patrimoniale arrecando danno agli investitori”.

Tanto premesso, considerata la varietà degli aggettivi utilizzati dal Tuif per qualificare il fondo del F.C.I. (“autonomo”, “separato”, “distinto”), proprio non si comprende come una parte della dottrina abbia potuto tornare ad affermare(57) che il Tuif lo qualifica come patrimonio autonomo e, quindi, esso

ha inequivocabilmente optato per la tesi del fondo come soggetto di diritto(58).

Non a caso la più attenta dottrina(59) non ha mancato di ribadire come non si possa attribuire peso decisivo alle oscillanti aggettivazioni impiegate dal legislatore – il quale si ostina a non qualificare come trust un istituto (appunto il F.C.I.) nato nel suo ambiente d'origine come applicazione pratica del trust – onde concludere nel senso che il fondo è un patrimonio separato (anzi: segregato)(60) appartenente alla S.G.R.(61).

Note:

(54) D'ora in avanti, per brevità: “Tuif”. Alcune delle norme di esso riguardanti i F.C.I. sono state modificate proprio dalla L. 23 novembre 2001, n. 410, e precisamente dal suo art. 5: cfr. infatti gli artt. 1, I comma, lettera j) (la cui parte finale pare aprire la strada anche ai F.C.I. di tipo aperto, finora non contemplati dal nostro ordinamento), 37, I comma, lettera d bis), 37, II comma, lettere b) e b bis) Tuif.

(55) Cfr. infatti gli artt. 34-42 Tuif, che prevedono e disciplinano, in sintonia con quanto accade nel modello anglosassone del *contractual investment trust*, non solo la figura della S.G.R., ma anche quella della banca depositaria degli strumenti finanziari e delle disponibilità liquide del fondo (cfr. *supra*, nota 11). La differenziazione fra i F.C.I. mobiliari ed immobiliari è ora affidata dal Tuif alla normativa di rango regolamentare, avendo detta legge attuato un'ampia delegificazione. Per maggiori dettagli sulla vigente disciplina dei F.C.I. cfr. G. Alpa – F. Capriglione, Commentario al testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, Padova, 1998; L. Lacaita – V. Napoleoni (curr.), Il Testo Unico dei mercati finanziari. Commento al D. Lgs. 58/1998, Milano, 1998; C. Rabitti-Bedogni (cur.), Il Testo Unico della intermediazione finanziaria, Milano, 1998; più sinteticamente, E. Ntuk, voce “Fondi comuni di investimento”, Dig. disc. priv., Sez. comm., Torino, 2000, 332.

(56) Sono sopravvissute all'abrogazione talune disposizioni, di natura per lo più tributaria: trattasi rispettivamente degli artt. 9 e 10 *ter* (quanto alla prima legge), dell'art. 11 (quanto alla seconda) e degli artt. 14 *bis* e 15 (quanto alla terza). Vedremo *infra*, § 4 il particolare interesse rivestito, ai fini del presente scritto, dall'art. 14 *bis* L. n. 86 del 25 gennaio 1994.

(57) Come già faceva parte della dottrina ai tempi dell'art. 3, II comma L. n. 77 del 23 marzo 1983 sui F.C.I. mobiliari aperti, come modificato dall'art. 2 D. Lgs. n. 83 del 25 gennaio 1992: si vedano *supra*, note 47 e 48.

(58) Cfr. ad es. E. Ntuk, voce “Fondi comuni di investimento” [*supra*, nota 55], a p. 344, il quale sofferma la sua attenzione sul solo art. 1, I comma, lettera f) Tuif ed afferma: “L'ansia definitoria che permea l'art. 1 del Decreto ha fatto sì che il Testo Unico si sbilanciasse a definire la natura dei F.C.I. In argomento si deve ricordare come vi sia stato un grande dibattito, nel nostro Paese, circa la natura dei F.C.I. Tra le varie teorie prospettate, alla fine si è affermata la nozione di patrimonio autonomo, in conformità alla terminologia utilizzata dal legislatore nell'art. 3 della legge 77/1983, come modificata dal D. Lgs. 83/1992”. Dello stesso avviso Cons. Stato, sez. III, 11 maggio 1999, Foro amm., 2000, 2225, di cui si dirà più diffusamente *infra*, § 4.

(59) Cfr. M. Lupoi, Trusts [*supra*, nota 11], p. 687 s.

(60) Sulla separazione o segregazione del *trust fund*, cfr. *supra*, nota 53.

(61) M. Lupoi, Trusts [*supra*, nota 11], p. 687 s. afferma infatti che la normativa italiana in tema di F.C.I. (da ultimo l'art. 36, VI sesto comma Tuif, di cui si è detto nel testo) attua “la segregazione bilaterale tipica del

(Segue)

#### § 4. Caratteri essenziali dell'operazione di dismissione di immobili pubblici a mezzo di F.C.I.I. disciplinata dalla L. 23 novembre 2001, n. 410.

L'art. 3, CXI comma della legge n. 662 del 23 dicembre 1996, come si è accennato in precedenza(62), introdusse un'ulteriore norma (l'art. 14 bis) nella legge n. 86 del 25 gennaio 1994 sui F.C.I.I. chiusi: essa consentiva l'istituzione di F.C.I.I. mediante apporto negli stessi di immobili in prevalenza pubblici(63), onde attuarne la dismissione.

Lo stesso art. 3 della citata legge n. 662 del 23 dicembre 1996, ai commi LXXXVI e s., utilizzava detta tecnica per attuare una concreta operazione di dismissione.

Il Tuif ha abrogato la legge n. 86 del 25 gennaio 1994, ma facendone salvo l'art. 14 bis.

Anche l'art. 4 della L. 23 novembre 2001, n. 410, infine, ha previsto che le operazioni di dismissione da essa avviate possano attuarsi a mezzo conferimento di beni pubblici in F.C.I.I.; per le ragioni tecniche già esposte nel § 1, però, tali operazioni non hanno ancora preso il via.

Considerati i contenuti dell'operazione di dismissione a suo tempo varata dall'art. 3, commi LXXXVI e s. della legge n. 662 del 23 dicembre 1996, ad ogni modo, nelle sue linee essenziali quella prevista dall'art. 4 della L. 23 novembre 2001, n. 410 dovrebbe essere così strutturata:

a) il M.E.F. individua con suoi decreti pubblicati in Gazzetta Ufficiale gli immobili pubblici conferibili in F.C.I.I. appositamente costituiti;

b) i soggetti pubblici titolari di detti immobili li conferiscono nel F.C.I.I., ricevendone in cambio quote di partecipazione al fondo;

c) dette quote vengono collocate dalla S.G.R. presso i risparmiatori, a fronte di apporti in denaro da parte di costoro;

d) gli enti pubblici che apportarono gli immobili di cui alla lettera a) ricevono dalla S.G.R. le somme da questa introitate all'esito dell'attività di collocamento delle quote di cui alla lettera c);

e) gli immobili oggetto del fondo vengono gestiti, valorizzati e venduti dalla S.G.R., la quale con il ricavato rimborsa gli investitori che rilevarono le quote del fondo come da lettera c).

Nella struttura in esame, pertanto, avuto al solito riguardo per l'istituto del trust:

a) la S.G.R. assume il ruolo di trustee;

b) gli enti pubblici che apportano al fondo i beni immobili assumono il ruolo, al tempo stesso, di disponenti e di beneficiari del trust (in quanto apportano immobili e ricevono quote del fondo);

c) in un secondo momento, detti enti pubblici cederanno la loro posizione di beneficiari ai risparmiatori che, all'esito dell'attività di collocamento delle quote del fondo, risulteranno averle acquistate.

Considerato che il secondo comma dell'art. 4 della L. 23 novembre 2001, n. 410 dichiara applicabili, nei limiti della compatibilità, i precedenti artt. da 1 a 3 della medesima legge(64) per quanto concerne i trasferimenti immobiliari ai F.C.I.I., e che tanto nel primo quanto nel secondo comma dell'art. 2 di detta legge (pur se in essa, ancora una volta, si evita qualunque riferimento al trust) è costante la qualificazione del patrimonio immobiliare da dismettere in termini di patrimonio "separato"(65), è auspicabile che sia finalmente colta quella che pare essere l'esatta essenza del fondo dei F.C.I.I., in stretta aderenza alle sue origini anglosassoni e, dunque, evitandone la soggettivizzazione.

Non occorre però, a mio sommesso avviso, farsi

#### Note:

(Continua nota 61)

trust [...]: due patrimoni, dunque, pur appartenenti al medesimo soggetto [cioè alla S.G.R., n.d.a.]. Un patrimonio generale e un altro patrimonio, che è segregato tanto rispetto ai creditori del soggetto che ne è titolare (si tratterebbe del trustee ove si facesse ricorso al trust) quanto rispetto ai creditori del disponente [cioè della collettività degli investitori, n.d.a.]: se fossimo nel quadro di un trust il disponente sarebbe anche il beneficiario e quindi, come in diritto inglese, i creditori del beneficiario di un trust possono fare valere i loro diritti unicamente sulla posizione creditoria del beneficiario verso il trustee, la quale può ben essere attestata da un certificato rilasciato dal trustee [cioè dal certificato attestante la sottoscrizione, da parte dell'investitore, di quote del F.C.I., n.d.a.]". Per questa ricostruzione del F.C.I. cfr. altresì *supra*, nota 11.

(62) Cfr. *supra*, nota 52.

(63) La norma parla infatti di "apporto di beni immobili o di diritti reali su immobili [...] costituito per oltre il 51% da beni e diritti apportati esclusivamente dallo Stato, da Enti previdenziali pubblici, da Regioni, da Enti locali e loro consorzi, nonché da società interamente possedute, anche indirettamente, dagli stessi soggetti".

(64) Norme le quali, come si è detto *supra*, § 1, disciplinano la dismissione degli immobili pubblici mediante lo strumento della cartolarizzazione.

(65) L'art. 2, I comma, terzo periodo recita infatti: "Delle obbligazioni nei confronti dei portatori dei titoli [cioè, nel nostro caso, dei sottoscrittori del F.C.I., n.d.a.] [...] risponde esclusivamente il patrimonio separato [...]"; quanto all'art. 2, II comma, terzo e quarto periodo, esso afferma: "I beni così individuati [...] costituiscono patrimonio separato a tutti gli effetti da quello delle società [cioè, nel nostro caso, della S.G.R., n.d.a.] [...]". Su ciascun patrimonio separato non sono ammesse azioni da parte di qualsiasi creditore diverso dai portatori dei titoli emessi dalle società [...]".

troppe illusioni sul punto, come dimostrato dal fatto che, nel corso del non lontano anno 1999 (e ad ormai quasi quindici anni di distanza dall'approvazione della Convenzione de L'Aja) il Consiglio di Stato, Sez. III, con parere reso in data 11 maggio(66) a margine dell'operazione di dismissione a mezzo di F.C.I. varata dalla citata legge n. 662 del 23 dicembre 1996, ha finito per affermare che "la titolarità dei beni, facenti parte dei fondi, spetta agli stessi fondi quali centri autonomi d'interessi, in base ai peculiari caratteri ad essi espressamente attribuiti dalle norme di legge (D. Lgs. n. 58/1998), salve le necessarie annotazioni riguardanti il vincolo gestorio esistente, anch'esso fissato in modo espresso dalla normativa vigente in materia"(67).

**Note:**

(66) Già citato *supra*, nota 58.

(67) Si riportano qui di seguito i passi più significativi del parere, i quali palesano una volta di più il persistente impaccio degli interpreti di fronte ad un fenomeno intimamente connesso al trust: "Secondo il Dicastero del Tesoro, nell'interesse di terzi dovrebbe farsi risultare con chiarezza l'intestazione della proprietà immobiliare a favore delle società di gestione, ma per conto del fondo; ed a tale riguardo ha rilevato l'esigenza di modifiche al sistema informatico attualmente in uso, per consentire la predetta intestazione alla singola società di gestione, con una sorta di sottorubricazione al fondo gestito. Il Ministero delle Finanze [...] ha interpellato in proposito anche il Ministero di Grazia e Giustizia, il quale ha fatto presente che ciascuno dei fondi in questione costituisce un patrimonio autonomo [...] per cui [...] le formalità di trascrizione dovrebbero avvenire esclusivamente a favore del singolo fondo, salva l'annotazione a margine dell'esistenza del rapporto di gestione con la società in parola. Nell'espone il proprio punto di vista, il Ministero di Grazia e Giustizia, constatato che l'analisi della disciplina relativa ai fondi immobiliari non consentirebbe di individuare nel fondo immobiliare uno specifico soggetto giuridico, riterrebbe invece, in linea di massima, che la proprietà dei beni costituenti il fondo dovrebbe attribuirsi alla società di gestione e che all'intestazione [...] dovrebbe accompagnarsi, in forma di pubblicità giuridica, il vincolo di destinazione dei beni al fondo medesimo. Secondo il referente Ministro delle Finanze [...] tuttavia [...] una siffatta soluzione [...] non assicurerebbe una corretta ed esaustiva informazione sui registri immobiliari [...]; in considerazione di ciò la problematica è stata ulteriormente rappresentata all'Ufficio del coordinamento legislativo dello stesso Dicastero. Quest'ultimo ufficio ha quindi osservato che, a suo avviso, sono possibili due soluzioni: o il fondo costituisce un mero contenitore temporaneo di beni, senza attribuzione della relativa titolarità degli stessi, ancora da ritenersi appartenenti allo Stato, o il fondo rappresenta un centro autonomo di imputazione di interessi, distinto dallo Stato nonché, a maggior ragione, dalle società di gestione. Conseguentemente, secondo il detto Ufficio, per quanto riguarda il problema della trascrizione, o essa non deve essere effettuata in ragione della permanenza della titolarità dei beni in capo allo Stato, ovvero dovrà essere effettuata in modo da rappresentare compiutamente il trasferimento dei beni al fondo. Su tali questioni viene chiesto il parere del Consiglio di Stato [...]. Osserva il Collegio che [...] le stesse norme sopra citate di cui all'art. 3 commi 86 e segg. della legge 662/1996, pur non prevedendo l'attribuzione in maniera esplicita della personalità giuridica ai fondi immobiliari da istituire per l'attivazione del processo di dismissione di taluni beni dello Stato, dispongono tuttavia che i fondi stessi siano istituiti ai sensi dell'art. 14 bis della legge 86/1994 (come sostituito dal successivo comma 111 dello stesso art. 3 della legge 662/1996), ossia sulla base di una disciplina che riconosce a tale istituenda entità il grado massimo di autonomia patrimoniale, come di norma riconosciuto soltanto ad organismi dotati di una propria specifica soggettività [...] sembra doversi concludere che [...] dovendosi dare rilievo primario alle specifiche finalità di tutela degli interessi dei terzi perseguite dalle trascrizioni immobiliari, non possa prescindersi dagli evidenziati caratteri di integrale autonomia soggettiva dei fondi. Ad avviso della Sezione, pertanto, la titolarità dei beni facenti parte dei fondi dovrebbe essere correttamente riferita agli stessi fondi quali centri autonomi di imputazione di interessi [...] salve le necessarie annotazioni riguardanti il vincolo gestorio esistente, anch'esso fissato in modo espresso dalla normativa vigente in materia".

stenza del rapporto di gestione con la società in parola. Nell'espone il proprio punto di vista, il Ministero di Grazia e Giustizia, constatato che l'analisi della disciplina relativa ai fondi immobiliari non consentirebbe di individuare nel fondo immobiliare uno specifico soggetto giuridico, riterrebbe invece, in linea di massima, che la proprietà dei beni costituenti il fondo dovrebbe attribuirsi alla società di gestione e che all'intestazione [...] dovrebbe accompagnarsi, in forma di pubblicità giuridica, il vincolo di destinazione dei beni al fondo medesimo. Secondo il referente Ministro delle Finanze [...] tuttavia [...] una siffatta soluzione [...] non assicurerebbe una corretta ed esaustiva informazione sui registri immobiliari [...]; in considerazione di ciò la problematica è stata ulteriormente rappresentata all'Ufficio del coordinamento legislativo dello stesso Dicastero. Quest'ultimo ufficio ha quindi osservato che, a suo avviso, sono possibili due soluzioni: o il fondo costituisce un mero contenitore temporaneo di beni, senza attribuzione della relativa titolarità degli stessi, ancora da ritenersi appartenenti allo Stato, o il fondo rappresenta un centro autonomo di imputazione di interessi, distinto dallo Stato nonché, a maggior ragione, dalle società di gestione. Conseguentemente, secondo il detto Ufficio, per quanto riguarda il problema della trascrizione, o essa non deve essere effettuata in ragione della permanenza della titolarità dei beni in capo allo Stato, ovvero dovrà essere effettuata in modo da rappresentare compiutamente il trasferimento dei beni al fondo. Su tali questioni viene chiesto il parere del Consiglio di Stato [...]. Osserva il Collegio che [...] le stesse norme sopra citate di cui all'art. 3 commi 86 e segg. della legge 662/1996, pur non prevedendo l'attribuzione in maniera esplicita della personalità giuridica ai fondi immobiliari da istituire per l'attivazione del processo di dismissione di taluni beni dello Stato, dispongono tuttavia che i fondi stessi siano istituiti ai sensi dell'art. 14 bis della legge 86/1994 (come sostituito dal successivo comma 111 dello stesso art. 3 della legge 662/1996), ossia sulla base di una disciplina che riconosce a tale istituenda entità il grado massimo di autonomia patrimoniale, come di norma riconosciuto soltanto ad organismi dotati di una propria specifica soggettività [...] sembra doversi concludere che [...] dovendosi dare rilievo primario alle specifiche finalità di tutela degli interessi dei terzi perseguite dalle trascrizioni immobiliari, non possa prescindersi dagli evidenziati caratteri di integrale autonomia soggettiva dei fondi. Ad avviso della Sezione, pertanto, la titolarità dei beni facenti parte dei fondi dovrebbe essere correttamente riferita agli stessi fondi quali centri autonomi di imputazione di interessi [...] salve le necessarie annotazioni riguardanti il vincolo gestorio esistente, anch'esso fissato in modo espresso dalla normativa vigente in materia".

# Applicazione della legge straniera per la modifica delle clausole di un trust interno in favore di interdetto

di Gabriella La Torre — Alessandra Fusi

**SOMMARIO:** § 1. Il caso deciso dal Giudice Tutelare di Firenze. – § 2. Norma straniera, competenza del giudice italiano. – § 3. Presunta natura liberale del trust istituito in favore di un interdetto. – § 4. Conclusioni. – § 5. Modificabilità del trust.

## § 1. Il caso deciso dal Giudice Tutelare di Firenze.

Durante la vita di un trust può verificarsi un fatto imprevisto che comporti la necessità ed opportunità di modificare una clausola del trust istituito. Ma cosa accade nel caso in cui uno dei soggetti interessati sia un interdetto? È ciò su cui è stato chiamato a decidere il Giudice Tutelare di Firenze(1).

In particolare il tutore di un interdetto è ricorso al Giudice Tutelare al fine di essere autorizzato a prestare il consenso per modificare la clausola del trust relativa alla nomina e alla irrevocabilità dei tutori (guardiani) del trust.

I disponenti avevano infatti istituito in Italia un trust disciplinato dalla legge inglese, che prevedeva come beneficiario del reddito dei beni istituiti in trust l'interdetto e come tutori (guardiani) i disponenti stessi. La nomina dei tutori (guardiani) era irrevocabile. Data l'età avanzata dei disponenti, si rendeva necessaria la nomina di altri tutori (guardiani) e l'introduzione della facoltà di revocare i nuovi tutori (guardiani) nominati.

Il Giudice Tutelare di Firenze, letto il ricorso e i documenti ad esso allegati, ha autorizzato la modifica dell'atto di trust con un provvedimento dotato di efficacia immediata.

## § 2. Norma straniera, competenza del giudice italiano.

Il provvedimento in esame ci pone innanzi tutto un problema di competenza del giudice italiano.

È opportuno ripercorrere l'iter logico che ha con-

dotto il Giudice a considerarsi competente rispetto al provvedimento richiesto e dunque ad autorizzarlo.

Il ricorso, come detto, è stato presentato dal tutore di un soggetto interdetto beneficiario del reddito di un trust istituito in Italia, da soggetti italiani, con beni situati in Italia e a favore di soggetto italiano, ma che risulta regolato dalla legge inglese. Siamo dunque in presenza di un trust interno, reso possibile dall'applicazione in Italia della Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985 ratificata con L. 16 ottobre 1989, n. 364.

L'art. 6 della suddetta Convenzione prevede che il trust sia regolato dalla legge scelta dal disponente. L'art. 8 specifica che tale legge deve regolare la validità del trust, la sua interpretazione, i suoi effetti e l'amministrazione del trust medesimo.

Nel caso in esame la legge inglese e in particolare il Variation of Trusts Act 1958 prevede che i beneficiari di un trust possano modificarne il contenuto nel modo che essi ritengono più idoneo. Qualora il beneficiario sia incapace di agire, la sua adesione all'accordo modificativo deve essere autorizzata dal giudice.

Il Variation of Trusts Act 1958 prevede infatti espressamente: "Where property, whether real or personal, is held on trusts arising, whether before or after the passing of this Act, under any will, settlement or other disposition, the court may if it thinks fit by order approve on behalf of: (a) any person having directly or indirectly, an interest, whether vested or contingent under the trusts who by reason of infancy or other incapacity is incapable of assenting [...]".

Nell'ipotesi in oggetto si trattava di modificare l'atto di trust prevedendo che agli originari tutori

### Note:

Gabriella La Torre e Alessandra Fusi sono avvocati in Firenze.

(1) Trib. Firenze, 7 luglio 2004, *infra*, 85.

(guardiani) del trust venissero affiancati altri due tutori (guardiani), e ciò in ragione della avanzata età dei guardiani originari.

Il consenso a tale modifica, secondo la legge inglese, doveva provenire dal beneficiario. La presenza di un beneficiario incapace rendeva tuttavia necessario il ricorso all'autorità giudiziaria.

Resta da chiedersi in base a quali principî è stato possibile ritenere competente l'autorità giudiziaria italiana.

La ricostruzione è relativamente semplice.

Il trust è regolato dalla legge inglese che ne disciplina anche l'esistenza e conseguentemente le modifiche.

La legge inglese prevede che le modifiche debbano essere autorizzate dal beneficiario e che qualora egli sia incapace sia necessaria l'autorizzazione del giudice.

La materia rientra indubbiamente nell'ambito della volontaria giurisdizione, giacché l'intervento del giudice nell'ambito di rapporti giuridici di diritto privato è teso unicamente a controllare che determinati atti o situazioni giuridiche si costituiscano e si svolgano nel rispetto della legge e di certi interessi superiori.

La presenza di un incapace e dunque la delicatezza dell'operazione a lui connessa legittimano l'intervento del giudice.

L'art. 9 della L. 31 maggio 1995, n. 218 dispone che in materia di volontaria giurisdizione sussiste la giurisdizione del giudice italiano quando il provvedimento richiesto concerne un cittadino italiano o persona residente in Italia.

Pertanto, dal combinato disposto del Variation of Trusts Act 1958 e dell'art. 9 della L. 31 maggio 1995, n. 218, discende la competenza del giudice tutelare italiano ad autorizzare la prestazione del consenso da parte del soggetto incapace.

Resta da chiedersi come si combini la competenza del giudice italiano, così come testé ricostruita, con il principio di tipicità e nominatività dei provvedimenti di volontaria giurisdizione che governa il nostro ordinamento. I provvedimenti di volontaria giurisdizione costituiscono infatti un *numerus clausus*: "Ciascuno di essi è individuato per il suo contenuto, non può essere emesso che in relazione a soggetto o oggetti determinati, può essere emanato solo quando ricorrono le circostanze previste dall'ordinamento e non può avere altro scopo che quello di perseguire l'interesse pubblico al quale è preordinato"(2).

Questo principio ha subito tuttavia una attenuazione a seguito della introduzione nel nostro ordinamento della L. 31 maggio 1995, n. 218, che all'art. 13 prevede espressamente che il giudice italiano debba

tener conto della normativa straniera alla quale una convenzione internazionale faccia espresso rinvio.

Nel caso in esame il rinvio alla legge straniera scelta per disciplinare il trust è effettuato direttamente dalla Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985.

La presenza di un trust interno disciplinato necessariamente da una legge straniera, per non avere ancora l'Italia legiferato in materia di trust, rende applicabile la legge straniera medesima ex art. 13 della L. 31 maggio 1995, n. 218 e attribuisce la competenza al giudice italiano ex art. 9 della medesima legge.

L'intersecazione delle norme di diritto internazionale privato costituisce insomma, a parere di chi scrive, elemento di rottura rispetto alla tradizionale tipicità degli atti di volontaria giurisdizione, atti che, peraltro, non perdono la loro natura, essendo comunque preordinati a controllare che determinati negozi di diritto privato vengano effettuati nel rispetto di superiori interessi pubblici.

### § 3. Presunta natura liberale del trust istituito in favore di un interdetto.

Alla luce delle considerazioni fin qui svolte, e a parere di chi scrive, appare invece fuorviante il richiamo contenuto nel ricorso agli articoli 424, I comma e 374, n. 3 cod. civ. ("Il tutore non può senza l'autorizzazione del giudice tutelare [...] accettare eredità o rinunciarvi, accettare donazioni o legati soggetti a pesi o a condizioni").

Fuorviante perché detto richiamo comporta l'automatizzata classificazione del trust istituito in favore dell'interdetto quale atto di liberalità in suo favore.

È vero che l'art. 15, lettera a) della Convenzione de L'Aja impone l'obbligo del rispetto delle norme interne poste a protezione dei minori e degli incapaci, ma questo non deve indurre a ritenere che in presenza di minori o di incapaci si debba sempre far riferimento ad una norma del codice civile per ottenere un provvedimento dell'autorità giudiziaria italiana, potendo ciò invece dipendere da un precetto contenuto nella legge scelta dal disponente.

Non vi è altresì dubbio che sia ammissibile l'istituzione di un trust liberale con beneficiari incapaci,

Nota:

(2) Così G. Santarcangelo, La volontaria giurisdizione nell'attività negoziale, Milano, 1985, I, p. 133.

## Saggi

ma ciò comporta che questa intenzione debba comunque risultare o in modo palese nell'atto di trust, ovvero occorrerà ricercare gli indici da cui riconoscere l'intento di liberalità. Come è stato infatti rilevato da autorevole dottrina<sup>(3)</sup>, nella donazione indiretta ciò che rileva è un arricchimento del patrimonio altrui compiuto per spirito di liberalità. Assume dunque particolare importanza la causa dell'attribuzione. In particolare<sup>(4)</sup>, in riferimento all'individuazione dell'intento liberale nel caso di un contratto in favore di terzo, "ciò che permette di qualificare la figura come produttiva di un effetto liberale è il fatto che il promittente è indotto alla realizzazione di tale congegno per il soddisfacimento di un interesse che prescinde da qualsiasi rapporto obbligatorio che lo leghi con il beneficiario della liberalità e che sia, per converso, effettuato nella coscienza di non adempiere ad alcun dovere giuridico". Normalmente, come nel caso di specie, nei trust in favore di incapaci l'intento è quello di garantire al figlio incapace il mantenimento e l'assistenza di cui ha bisogno corrispondente al suo tenore di vita. Nella premessa dell'atto istitutivo del trust in questione si legge testualmente: "Mediante l'istituzione di questo strumento e dei successivi trasferimenti al trustee, il disponente intende adempiere ad un fondamentale dovere morale nei confronti della beneficiaria, portatrice di handicap (dichiarata interdetta dal Tribunale di Firenze con sentenza del 28/6/82) [...]. Ritenendo che il trust costituisca la scelta più idonea ad assicurare il benessere e le migliori condizioni di vita del beneficiario, tenuto conto delle sue particolari abitudini e delle condizioni di vita di cui ha goduto fino ad oggi".

Già da questa premessa, appare di tutta evidenza che nell'intenzione del disponente non vi sia alcun intento di liberalità, ma che il trust sia il mezzo scelto per adempiere un obbligo che non solo è morale, ma è altresì giuridico ai sensi dell'articolo 147 cod. civ.<sup>(5)</sup>.

Si potrebbe ritenere di individuare lo spirito di liberalità nell'entità dei beni costituenti il *trust fund*, oppure nella misura del reddito di cui il beneficiario andrà a godere. Ma questo presunto indice è alquanto aleatorio, essendo legato alle condizioni di vita cui è avvezzo il beneficiario e quindi non può essere considerato un parametro per individuare un possibile spirito di liberalità, la cui valutazione da parte del giudice presupporrebbe, comunque, una contestazione mossa da terzi.

Tra l'altro il beneficiario riceve il reddito e/o i be-

ni del *trust fund* direttamente dal trustee e non dal disponente "donante" ed inoltre i beneficiari, ai fini del perfezionamento del loro diritto, non sono soggetti ad alcuna accettazione e l'atto di trust, spesso, non ha la forma richiesta per la donazione.

Le norme poste a tutela degli incapaci indicano in modo tassativo<sup>(6)</sup> i casi in cui occorre l'autorizzazione giudiziaria ai sensi degli articoli 374 e 375 cod. civ. Come risulta chiaramente dalla loro formulazione, l'intervento dell'autorità giudiziaria è necessario in tutti i casi in cui l'atto che deve essere compiuto incida direttamente nella sfera giuridica dell'interdetto e riguarda ipotesi nelle quali vi è il rischio per l'incapace di subire un qualche pregiudizio, da ciò la necessaria prescritta autorizzazione.

Per collocare dunque correttamente queste norme nel trust, occorre tenere distinto ciò che attiene all'atto istitutivo e ciò che attiene all'esecuzione di esso.

L'atto istitutivo può ben essere considerato un atto neutro<sup>(7)</sup>, realizzandosi sostanzialmente in un programma che costituisce esso stesso la causa del negozio istitutivo, il cui effetto tipico è la segregazione<sup>(8)</sup>. Particolare rilievo assume la legge scelta dal disponente, la quale, come in questo caso, può ben prevedere una tutela maggiore, non contemplata nel nostro ordinamento, in favore degli incapaci e come tale dovrà essere rispettata ai fini della validità della clausola modificativa. I limiti previsti dal nostro ordinamento possono attenere alla fase esecutiva del trust, e cioè solo ai casi in cui i beni o il reddito entrino nella sfera giuridica dell'interdetto. Ed è solo in

## Note:

(3) A. Palazzo, Le donazioni, in P. Schlesinger (cur.), Il Codice civile - Commentario, artt. 769-809, II ed., Milano, 2000, p. 558; V. R. Casulli, voce "Donazione (dir. priv.)", Enc. dir., vol. XIII, Milano, 1964, 966, a p. 972.

(4) Come ha giustamente osservato A. Palazzo, Le donazioni [*supra*, nota 3], p. 613.

(5) G. De Rosa, Trust: le principali applicazioni per la famiglia e per l'impresa, in questa Rivista, 2002, 11, a p. 14; M. Lupoi, Trusts, II ed., Milano, 2001, pp. 644-647.

(6) Cass. civ., sez. II, 1° agosto 2003, n. 11748, Mass. Giur. it., 2003: "In tema di negozio di accertamento (che - non costituendo fonte autonoma degli effetti giuridici da esso previsti - non ha natura dispositiva), non è necessaria l'autorizzazione prevista, con l'elencazione tassativa degli articoli 374 e 375 c.c., per gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione compiuti dal tutore provvisorio dell'interdicendo)".

(7) M. Lupoi, Trusts [*supra*, nota 5], p. 592.

(8) G. De Nova, Trust: negozio istitutivo e negozi dispositivi, in questa Rivista, 2000, 162.

questa fase che possono sorgere eccezioni circa la sussistenza di uno spirito di liberalità da parte del disponente. Infatti, anche chi assimila il trust in favore di incapaci nello schema di una donazione indiretta(9), individua la sua giustificazione nella circostanza che il negozio dispositivo di un trust può essere oggetto di un'azione di riduzione. Ma questa circostanza, oltre a non poter comportare un'automatica valutazione dello spirito liberale del disponente nei trust in favore di incapaci, mette in luce che il problema riguarda la fase operativa del trust e l'eventuale spirito di liberalità potrà rilevare solo alla morte del disponente.

Per cui, non potendosi inquadrare apoditticamente, il trust in favore di incapaci quale ipotesi di liberalità in favore del beneficiario incapace, ne consegue che, nel caso di specie, la competenza del giudice tutelare non era e non è da attribuire in relazione all'art. 374, n. 3 cod. civ.

#### § 4. Conclusioni.

Posta dunque la validità del trust interno in esame e conseguentemente l'applicabilità del diritto inglese e del Variation of Trusts Act 1958, la competenza del giudice tutelare scaturisce non tanto, come si è detto, dagli articoli 424 e 374 cod. civ., ma piuttosto dal combinato disposto delle seguenti norme:

– art. 8, L. 16 ottobre 1989, n. 364, che prevede che il trust sia disciplinato dalla legge scelta dal disponente;

– art. 9, L. 31 maggio 1995, n. 218, che prevede la giurisdizione italiana in tema di volontaria giurisdizione qualora il provvedimento richiesto concerna un cittadino italiano;

– il Variation of Trusts Act 1958, che richiede l'intervento dell'autorità giudiziaria per modificare trust aventi come beneficiari soggetti incapaci;

– art. 344 cod. civ., secondo cui il giudice tutelare è l'organo giudiziario preposto alle tutele e curatele.

Ne consegue che, nel caso di specie, in considerazione della necessità di verificare e sovrintendere la tutela dell'interesse dell'interdetto beneficiario, posta la giurisdizione del giudice italiano, la competenza non poteva che essere, come è stata, del giudice tutelare(10).

#### § 5. Modificabilità del trust.

Da ultimo, occorre osservare che la questione sottoposta all'esame del Giudice Tutelare di Firenze

mette in evidenza un ulteriore aspetto, cioè quello della possibilità di modificare le clausole istitutive del trust su istanza dei beneficiari.

In particolare, secondo la legge inglese, è riconosciuto ai beneficiari capaci e maggiorenni il potere di porre fine anticipatamente al trust istituito in loro favore. In tal senso un esempio ci viene offerto dalla sentenza storica *Saunders v Vautier* (11), in cui il destinatario di un legato in trust ha ottenuto dal giudice un provvedimento che ha riconosciuto il suo diritto all'immediata riscossione di quanto a lui legato, con conseguente cessazione anticipata del trust.

Tale facoltà di modificare le clausole di un trust è stata poi recepita nella *section 1* del Variation Trusts Act 1958 che ha previsto tale possibilità, sottoposta al vaglio del giudice, in presenza di beneficiari nati, minori o incapaci. Giudice che subordinerà l'autorizzazione alla verifica che la modifica richiesta "sia funzionale alla migliore realizzazione dell'interesse dei beneficiari nati, minori o incapaci"(12).

Applicando dunque tale principio al caso in esame, il Giudice fiorentino ha ben attuato il precetto normativo contenuto nella legge inglese. Autorizzando la modifica, ha permesso, infatti, nel rispetto del trust istituito, di meglio tutelare l'interesse del beneficiario interdetto che così ha ottenuto la possibilità di nominare nuovi tutori (guardiani) del trust, in aggiunta a quelli attualmente esistenti, pronti ad intervenire in caso di sopravvenuta incapacità o morte dei tutori (guardiani) originari.

#### Note:

(9) A. Palazzo, *Le donazioni* [supra, nota 3], p. 699.

(10) Tali assunti sono altresì confermati in altro precedente giurisprudenziale, Trib. Milano, 20 ottobre 2002, in questa Rivista, 2003, 265, in cui il Giudice di Milano, riconosciuta la giurisdizione del giudice italiano e ritenuta altresì l'applicabilità del diritto inglese, ha operato secondo quanto disposto nell'art. 41 del Trustee Act 1925 che "prevede un espresso potere del Giudice di rimuovere i trustees per giusta causa, su loro richiesta o su istanza dei beneficiari [...] potere subordinato alla mancata previsione di un atto volontario di nomina previsto dal negozio costitutivo del trust, ed all'accertamento di una violazione del trust o comunque degli obblighi che caratterizzano l'ufficio privato dei trustees". Tale decisione è stata inoltre confermata dalla Corte d'Appello di Milano, 20 luglio 2004, *infra*, 87, che ha così statuito: "preso atto della giurisdizione del giudice italiano ex art. 3 della legge 31 maggio 1995 n° 218 e art. 2 Convenzione di Bruxelles 27 settembre 1968 e dell'applicabilità alla vicenda in esame della legge inglese ex artt. 6 e 7 Convenzione de l'Aja del 1 luglio 1985 [...] la fattispecie deve ritenersi regolata dall'art. 41 del Trustee Act del 1925". Pertanto la Corte d'Appello di Milano ha confermato il potere del giudice di rimuovere i trustees.

(11) *Saunders v Vautier*, in questa Rivista, 2004, 294.

(12) S. Bartoli, *Il Trust*, Milano, 2001, p. 269.

Saggi

# Inefficacia di un trust a danno dei creditori

di Arianna Neri

SOMMARIO: § 1. Premessa. – § 2. Il trust quale patrimonio separato. – § 3. Meccanismi di tutela dei creditori. – § 4. Conclusioni.

## § 1. Premessa.

Il Tribunale di Firenze, con ordinanza del 6 luglio 2002, ammette la possibilità di esperire l'azione revocatoria ex art. 2901 cod. civ. nei confronti di un trust in cui il debitore abbia trasferito la quasi totalità del proprio patrimonio a beneficio solo di alcuni creditori, e con evidente pregiudizio per gli altri(1). La fattispecie riguarda una richiesta di finanziamento effettuata dal socio di maggioranza di una società per azioni, nell'ambito delle operazioni preliminari relative alla quotazione in borsa della medesima. La Banca Commerciale Italiana rilascia un prestito di 11 miliardi di lire, contro una garanzia costituita dalla concessione alla Banca di un pegno sulle azioni sottoscritte. Prima dell'avvenuta quotazione in borsa, la Banca Commerciale chiede la restituzione del prestito concesso poiché non acconsentiva che le azioni della società H concesse in pegno fossero oggetto di un contratto di deposito vincolato (accordo c.d. di *lock up*). Il medesimo socio K domanda quindi alla Banca Nazionale del Lavoro s.p.a. (di seguito: "BNL") un finanziamento che gli consenta di rimborsare il proprio debito nei confronti della prima Banca, e quindi liberare le azioni dal pegno. La BNL accetta di concedere il finanziamento a fronte di un'adeguata garanzia. K, non trovandosi in possesso di beni rilevanti, chiede ad una società precedentemente entrata nel capitale sociale di H di farsi garante di detto rimborso. Detta società aderisce alla richiesta, e presta una garanzia in favore della BNL in forza della quale viene immediatamente trasferito alla banca un ammontare di Euro 5.681.025,90 pari al finanziamento richiesto. Viene inoltre pattuito che, nell'ipotesi di inadempimento di K agli obblighi derivanti dal suindicato finanziamento, BNL avrà il diritto di soddisfarsi sulla somma oggetto della garan-

zia, provvedendo al definitivo incameramento della stessa. E, in effetti, in conseguenza della mancata ottemperanza da parte di K ai propri obblighi, BNL procede a soddisfarsi sulla somma in questione. La società garante si rivolge pertanto al debitore principale per la restituzione dell'importo. Quest'ultimo eccipisce di aver trasferito la totalità della sua partecipazione in H in un trust, di cui egli stesso risulta beneficiario. La società che aveva prestato la garanzia agisce, quindi, in giudizio chiedendo la condanna di K al pagamento del debito vantato dalla ricorrente per la somma suindicata, oltre al risarcimento del danno, e l'accertamento della nullità del contratto di trust interno, e comunque la revocatoria ordinaria del conferimento del pacchetto azionario al detto trust ex art. 2901 cod. civ. e per l'effetto l'inefficacia nei confronti di essa ricorrente di tale trasferimento di azioni.

La difesa di K, oltre ad addurre una serie di argomentazioni relative ai rapporti intercorrenti tra le due società, contesta la nullità del trust interno, ormai quasi unanimemente ammesso sia in sede dottrinale che giurisprudenziale; tale ammissibilità, oltre ad essere giustificata sulla base di una lettura rigorosa della Convenzione de L'Aja, non troverebbe ostacoli nella lettera dell'art. 2740 cod. civ. sulla responsabilità del debitore per l'adempimento delle proprie obbligazioni, dal momento che il II comma di tale norma ammette implicitamente che la legge possa prevedere, senza esclusioni e quindi anche attraverso la formazione di patrimoni separati, delle limitazioni a detta responsabilità, con la conseguenza che alla legge di ratifica avrebbe potuto attribuirsi la funzione di introduzione di una nuova forma di patrimonio separato. Nel caso di riconosciuta nullità o invalidità

### Note:

Arianna Neri è dottore di ricerca in diritto comparato e titolare di borsa post-dottorato nell'Università di Padova.

(1) Trib. Firenze, 6 giugno 2002, in questa Rivista, 2004, 256.

del trust interno, detto negozio giuridico avrebbe potuto tradursi in un negozio fiduciario secondo quanto disposto dall'art. 15 della Convenzione, per cui "il giudice cercherà di realizzare gli obiettivi del trust con altri mezzi giuridici". Si deduce peraltro che il conferimento del pacchetto azionario non può essere oggetto di azione revocatoria, poiché in base all'ultimo comma dell'art. 2901 cod. civ. non è ammissibile agire con riferimento al pagamento di un debito scaduto, quale era l'ipotesi ricorrente nel caso di specie, avendo il trust in questione natura solutoria di precedenti debiti.

Il Tribunale di Firenze, respingendo le argomentazioni del convenuto, accoglie il ricorso.

## § 2. Il trust quale patrimonio separato.

La decisione va accolta con favore in particolare perché testimonia la capacità del nostro ordinamento di reagire con gli strumenti disponibili ad eventuali frodi ai creditori realizzate per mezzo di un trust. Il Tribunale prende dapprima in esame la problematica del trust interno, rammentando le principali impostazioni dottrinali e giurisprudenziali sul punto, e pur rilevando che l'opinione dominante è favorevole all'ammissibilità di detta figura non manca di esprimere qualche perplessità<sup>(2)</sup>. L'aspetto di maggior rilievo della decisione è tuttavia quello relativo alla possibile esperibilità nei confronti di un'operazione negoziale quale quella descritta dell'azione revocatoria.

Il problema investe la qualifica del trust quale patrimonio separato, e quindi inattuabile da parte dei creditori. È stato infatti sottolineato che le disposizioni della Convenzione de L'Aja configurano i beni sottoposti a vincolo di trust come una massa patrimoniale distinta rispetto a quella facente capo al trustee. Leggendo, infatti, l'art. 11 della Convenzione l'aspetto su cui si dovrà concentrare maggiormente l'attenzione è il profilo segregativo delineato dalla norma. È evidente che si tratta di un punto di rilevanza fondamentale nella ricostruzione dell'istituto e della sua operatività nel nostro ordinamento. Indipendentemente infatti dalla qualifica giuridica di patrimonio autonomo, separato, o "segregato", quel che rileva sottolineare è la presenza di una massa di beni sottratta alle vicende giuridiche concernenti la restante parte dei beni facenti capo ad un soggetto, con una serie di conseguenze che rendono l'istituto del trust del tutto peculiare rispetto ad altri tipi di nego-

### Nota:

(2) Il giudice richiama in tale sede l'argomento del principio di uguaglianza, sollevato sovente in sede dottrinale in favore dell'ammissibilità dei trust interni; osserva tuttavia che l'art. 13 della Convenzione de L'Aja ("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 in questione") rimane difficilmente superabile, soprattutto in riferimento al possibile conflitto tra norme italiane e straniere che la ammissibilità del trust interno può provocare e che, nel caso di specie, sarebbe rinvenibile in riferimento al conflitto tra la segregazione del patrimonio conferito in trust e la revocabilità degli atti compiuti dal debitore allo scopo di diminuire la propria garanzia patrimoniale nei confronti dei creditori. Si rammenta che l'art. 13 della Convenzione de L'Aja costituisce un punto fondamentale nel dibattito relativo all'ammissibilità o meno dei trust interni. La dottrina favorevole all'operatività di un istituto i cui elementi oggettivi siano connessi esclusivamente all'ordinamento italiano non ritiene la disposizione menzionata un ostacolo, dal momento che la medesima verrebbe in rilievo non in via generale, in presenza di una qualsiasi fattispecie di trust interno, ma solo ove dovesse risultare una volontà abusiva nella scelta della legge applicabile (così 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. 148). D'altro lato non manca chi legge la norma in questione in chiave differente. È stato infatti osservato che il punto critico della tesi susposta sarebbe quello relativo all'esistenza di un potere discrezionale in capo al giudice di ammettere o respingere il riconoscimento. L'art. 13, si rileva, costituisce una disposizione *non self-executing*, con la conseguente necessità per la sua piena operatività di norme di adattamento ordinario. Il legislatore italiano si è, di contro, limitato a recepire la Convenzione de L'Aja attraverso l'ordine di esecuzione. Ma proprio la necessità di una normativa di adattamento ordinario farebbe dubitare che dall'esecuzione della Convenzione possa discendere quale effetto automatico il riconoscimento dei trust interni; considerando infatti quale funzione dell'atto di esecuzione esclusivamente quella di porre sul piano interno le norme necessarie per l'adempimento degli obblighi internazionali, risulterebbe evidente escludere che lo stesso abbia apportato delle modifiche tali da permettere il riconoscimento dei trust interni, conseguenza ultronea rispetto allo scopo della Convenzione (la tesi è di G. Contaldi, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, Milano, 2001, p. 131 s.).

La tesi dell'ammissibilità del trust interno è attualmente sostenuta dalla maggior parte della dottrina e della giurisprudenza. In sede dottrinale la tesi è stata in particolare sostenuta da M. Lupoi (v., tra gli altri, Id., *Legittimità dei trusts "interni"*, in I. Beneventi (cur.), *I trusts in Italia oggi*, Milano, 1996, 29, a p. 30; Id., *The Domestic Trust Theory Upheld in Italy*, 10 *Trust & Trustees*, 1998, 24; Id., *Trusts*, II ed., Milano, 2001, p. 546). Voci contrarie all'ammissibilità dei trust interni sono quelle di G. Broggin, "Trust" e fiducia nel diritto internazionale privato, Europa e dir. priv., 1998, 399; G. Mariconda, *Contrastanti decisioni sul trust interno: nuovi interventi a favore*, ma sono nettamente prevalenti gli argomenti contro l'ammissibilità, *Corriere giur.*, 2004, 76.

Ampia la bibliografia in tema di trust interni in generale: v., *ex plurimis*, N. Canessa, *I trusts interni*, Milano, 2001; L. Ragazzini, *Trust interno e ordinamento giuridico italiano*, Riv. not., 1999, I, 279; A. Braun, *Trust interni*, Riv. dir. civ., 2000, II, 573; G. Palermo, *Sulla riconducibilità del "trust interno" alle categorie civilistiche*, Riv. dir. comm., 2000, I, 133; F. Di Ciommo, *La Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985 ed il c.d. trust interno*, Temi romana, 1999, 779, a p. 783.

Tra le decisioni giurisprudenziali merita menzione la sentenza del Trib. Bologna, 1° ottobre 2003, in questa Rivista, 2004, 67, a p. 68, ove si può leggere che "in definitiva non esiste il trust straniero che, retto da una legge straniera, non sia abbastanza straniero, per alcun effetto previsto dalla Convenzione: questa trova il presupposto della sua applicazione tutte le volte che un trust si trovi a spiegare effetti in un ordinamento diverso da quello dal quale è disciplinato. Del resto, la stessa previsione dell'art. 13, relativo alla facoltà concessa agli Stati di escludere il riconoscimento dei c. d. trust "interni" sta proprio a significare che, almeno in linea di principio, detti trust sono compresi nell'ambito di applicazione di disciplina di cui alla Convenzione [...] non può, nel contempo, negarsi validità a trust interni regolati da legge straniera e riconoscere in Italia gli effetti di trust che presentino altri elementi di estraneità".

## Saggi

zio. Tale configurazione appare quindi essenziale, ove si voglia conservare la sua struttura maggiormente efficace rispetto alle figure contrattuali familiari ai giuristi di *civil law*(3).

Ed è proprio con riferimento a questo profilo che parte della dottrina ritiene inammissibile la figura di un trust "interno" nel nostro sistema. Il problema nascerebbe infatti dal principio della responsabilità patrimoniale sancito dall'art. 2740 cod. civ., e dal correlativo divieto di predisporre limitazioni della medesima se non nei casi previsti dalla legge(4). Il rischio sarebbe infatti quello di creare, attraverso un trust, un patrimonio inaggregabile da parte dei creditori, al di fuori dei limiti previsti dalla legge(5). A tale argomento è stato risposto che i fenomeni di separazione patrimoniale previsti dal legislatore sono sempre più frequenti, e ciò dovrebbe fare derivare, sotto il profilo teorico, il superamento del principio dell'unità del patrimonio, e quindi dell'eccezionalità delle limitazioni introdotte dall'art. 2740 cod. civ.(6). L'argomentazione si presta tuttavia a delle obiezioni. Se infatti non si può negare che il fenomeno della separazione patrimoniale si va diffondendo nel nostro sistema giuridico attraverso vari istituti, dando vita quindi ad un superamento del dogma dell'unitarietà del patrimonio facente capo ad un soggetto, è altrettanto vero che si tratta di situazioni espressamente previste e regolamentate dal legislatore. È indubbio che in alcuni casi, quali quello della società unipersonale o dei patrimoni dedicati ad uno specifico affare, lo spazio concesso all'autonomia privata è rilevante, essendosi il legislatore limitato a prevedere uno strumento abbastanza duttile da poter essere utilizzato a fini differenti. Nondimeno appare di immediata evidenza la differenza con un'eventuale figura di trust, rispetto alla quale mancherebbe l'autorizzazione legislativa a ricorrere all'autonomia privata al fine di creare patrimoni separati. Non manca chi rinviene il dato legislativo necessario in tal senso nella legge di ratifica della Convenzione de L'Aja, come peraltro si può leggere nello stesso provvedimento in esame(7). È stato tuttavia rilevato che una convenzione sul diritto applicabile non è idonea

e articolazioni del patrimonio, spunti legislativi recenti per un antico dibattito (rileggendo la manualistica istituzionale), Riv. dir. civ., 2002, I, 837; P. Iamiceli, Unità e separazione dei patrimoni, Padova, 2003; L. Salamone, Gestione e separazione patrimoniale, Padova, 2001.

Sostiene la qualifica di patrimonio "segregato" con riferimento ai beni sottoposti a vincolo di trust, M. Lupoi, Trusts [supra, nota 2], p. 565, il quale ritiene che i concetti di autonomia e separazione sarebbero inidonei a fornire un'adeguata spiegazione del fenomeno.

(4) In tema di responsabilità patrimoniale, v. E. Roppo, voce "Responsabilità patrimoniale", Enc. dir., vol. XXXIX, Milano, 1988, 1041. Sul punto l'autore rileva che la terminologia "confusa" e "contraddittoria" utilizzata dall'art. 2740 cod. civ. riflette un'incertezza concettuale di fondo, quella legata ad un istituto la cui collocazione sistematica non risulta del tutto evidente.

(5) C. Castronovo, Il trust e "sostiene Lupoi", Europa e dir. priv., 1998, 441; G. Brogini, "Trust" e fiducia nel diritto internazionale privato [supra, nota 2], a p. 415; G. Contaldi, Il trust nel diritto internazionale privato italiano [supra, nota 2], p. 155, il quale rileva l'esistenza di ipotesi in cui è possibile costituire patrimoni separati in deroga al disposto dell'art. 2740 cod. civ. e in cui si può considerare legittimo un effetto segregativo di tipo reale sui beni oggetto del rapporto, che si realizzi in virtù del mero riconoscimento del trust. Tuttavia, proprio il fatto che in alcuni casi il legislatore abbia ritenuto necessario emanare delle disposizioni *ad hoc* al fine di rendere possibile la costituzione dei patrimoni separati, consente di ritenere detto "effetto segregativo" una situazione atipica nel nostro ordinamento, con la conseguenza che gli effetti che il riconoscimento di un trust produce ai sensi dell'art. 11 della Convenzione non possono ritenersi suscettibili di applicazione estensiva.

Si tratta della posizione assunta in sede giurisprudenziale da Trib. Santa Maria Capua Vetere, 14 luglio 1999, in questa Rivista, 2000, 251, a p. 251, ove si legge: "la formazione di un trust retto da una legge straniera, quando tutti gli elementi della fattispecie si riferiscono all'ordinamento italiano, potrebbe rappresentare un abuso della regola normativa che permette la scelta della legge applicabile, abuso che potrebbe condurre alla violazione delle disposizioni imperative del diritto italiano, in particolare quella prevista dall'art. 2740 c.c."

(6) A. Gambaro, voce "Trust", Dig. disc. priv., Sez. Civ., vol. XIX, Torino, 1999, 449, a p. 465, il quale afferma che, dopo l'introduzione nel nostro sistema di Sim, Eurosim, fondi pensione, società unipersonale, "invocare la lettura tradizionale dell'art. 2740 c.c. come fonte di principio di ordine pubblico appare persino un po' ridicolo. Tra l'atto di autonomia che serve a dar vita ad una società unipersonale e l'atto di autonomia privata che serve a trasferire irrevocabilmente un insieme di beni ad un trustee, l'art. 2740 non serve ad istituire alcuna sensata differenza"; Id., Segregazione e unità del patrimonio, in questa Rivista, 2000, 155, ove rileva che le discussioni sorte dopo la ratifica della Convenzione de L'Aja dovrebbero condurre a rivedere la nozione stessa di patrimonio.

Tra le decisioni giurisprudenziali, v. Trib. Bologna, 1° ottobre 2003 [supra, nota 2], a p. 72, per cui "il fenomeno della separazione patrimoniale è ricorrente nella legislazione speciale e anche in quella 'tradizionale' e tale circostanza sembra dunque smentire la portata di principio generale di ordine pubblico attribuita all'art. 2740 c.c., il quale pone come eccezionali le ipotesi di limitazione della responsabilità patrimoniale [...]: proprio per l'univocità dei più recenti interventi del legislatore, la segregazione patrimoniale non può più essere considerata 'un tabù' e, di contro, l'unitarietà della garanzia patrimoniale di cui all'art. 2740 cod. civ. non può valere come un 'dogma sacro e intangibile' del nostro ordinamento". V. altresì, Trib. Verona, 8 gennaio 2003, in questa Rivista, 2003, 409, a p. 410, per cui: "[...] se il trust non fosse stato - con la ratifica della Convenzione dell'Aja - riconosciuto nel nostro Stato, non vi sarebbe dubbio che un tale atto incontrerebbe, nel nostro ordinamento, il divieto posto dall'art. 2740 cod. civ. Ma, una volta superato tale divieto, non se ne incontra alcun altro che riguardi specificamente la trascrizione dell'atto. La quale non è neppure incompatibile con qualche norma di legge interna".

(7) V., per tutti, A. Gambaro, Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV Convenzione dell'Aja, Riv. dir. civ., 2002, II, 257, a p. 263.

## Note:

(3) La letteratura in tema di patrimoni autonomi e separati è molto vasta. V., *ex plurimis*, L. Bigliazzi Geri, voce "Patrimonio autonomo e separato", Enc. dir., vol. XXXII, Milano, 1982, 280; M. Bianca, Vincoli di destinazione e patrimoni separati, Padova, 1996; A. Zoppini, Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni, Riv. dir. civ., 2002, I, 545; P. Spada, Persona giuridica

a modificare il diritto sostanziale italiano, e conseguentemente non può introdurre una ulteriore ipotesi di patrimonio separato, in deroga alla previsione di cui all'art. 2740 cod. civ.(8).

L'analisi può probabilmente essere affrontata sotto altro profilo. Si tratta, infatti, di valutare in maniera rigorosa sia l'effettiva portata del principio di cui all'art. 2740 cod. civ., sia le possibili configurazioni del trust, al fine di comprendere se l'ordinamento non offra comunque strumenti per evitare violazioni, sia pure indirette, della norma. La *ratio* della regola può essere identificata nella tutela del creditore attraverso un meccanismo di garanzia generica(9), mentre il profilo maggiormente problematico della medesima è quello delle limitazioni di responsabilità, così come disciplinate al II comma. Quest'ultima disposizione mira ad evitare che si vanifichi "l'operatività di un fondamentale meccanismo di attuazione dei rapporti obbligatori, e che con essa siano incrinata le basi medesime di un sistema fondato sugli scambi di ricchezza tramite promesse"(10). Chiarita la *ratio* della disciplina legislativa, si tratta di valutare quando le operazioni negoziali poste in essere dalle parti integrano una violazione anche indiretta della medesima. Con riferimento ad alcune ipotesi, infatti, non sembrano poter sorgere dubbi: basti pensare al caso di un patto tra creditore e debitore realizzato al momento dell'assunzione dell'obbligazione, per cui quest'ultimo risponderà, in caso di inadempimento, solo con una parte dei suoi beni, e pertanto solo su questi il primo potrà agire esecutivamente(11). Più problematiche sono le ipotesi ove il debitore compia degli atti di disposizione sopra i suoi beni, che non necessariamente si prestano ad una valutazione sotto il profilo della validità ex art. 2740 cod. civ. In tali fattispecie l'analisi dovrebbe essere condotta attraverso una considerazione del concreto assetto di interessi realizzato dalle parti, al fine di comprendere se sussistano profili di illiceità, o irregolarità; e la conseguente ed eventuale sanzione dovrebbe rinvenirsi non tanto nella nullità prevista dall'art. 2740 cod. civ., quanto piuttosto in altri strumenti previsti dall'ordinamento, ed in particolare nell'inefficacia relativa conseguente all'esperimento dell'azione revocatoria(12). Il problema sarà quello di valutare se le operazioni poste in essere dalle parti, eventualmente attraverso una pluralità di atti, diano vita ad una violazione indiretta della norma, e tale analisi non può che essere compiuta sul negozio realizzato, indipendentemente dalla sua qualificazione(13).

Posta questa premessa, si dovrà evitare un apriori-

stico giudizio che sanzioni un'operazione di trust attraverso la nullità per violazione dell'art. 2740 cod. civ., per giudicare piuttosto se l'operazione economico-giuridica realizzata dalle parti costituisca una frode ai creditori.

Se si procede ad un'analisi delle posizioni coinvolte nel trust, si pone la necessità di effettuare una serie di precisazioni. Nessuna obiezione relativa alla tutela dei creditori potrà essere sollevata con riferimento alla posizione del trustee. I beni che gli vengono trasferiti sono infatti già sottoposti ad un vincolo e non entrano a far parte del suo patrimonio; conseguentemente

Note:

(8) G. Broggin, "Trust" e fiducia nel diritto internazionale privato [*supra*, nota 2], a p. 415; v. anche F. Gazzoni, Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista "non vivente" su *trust* e trascrizione), Riv. not., 2001, 11, a p. 18, il quale sostiene che una cosa è riconoscere l'istituto in chiave internazionalprivatistica, altra cosa è sostenere che la legge di ratifica della Convenzione de L'Aja dovrebbe considerarsi quale legge interna che permetterebbe di ipotizzare la proprietà del patrimonio separato in capo al trustee. Per l'a., infatti, coloro i quali ritengono che, ove si ravvisi una lacuna ordinamentale, il trust sarebbe introdotto dalla Convenzione ratificata, danno vita ad un'inversione temporale, per cui quel che dovrebbe essere presupposto per l'applicazione di una norma, ne diverrebbe invece l'effetto.

(9) U. Natoli - L. Bigliuzzi Geri, I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale, Milano, 1974, p. 2.

(10) E. Roppo, voce "Responsabilità patrimoniale" [*supra*, nota 4], a p. 1049 s.

(11) E. Roppo, voce "Responsabilità patrimoniale" [*supra*, nota 4], a p. 1050.

(12) Esprime dubbi sull'operatività di una generica regola di validità destinata a compromettere interamente la struttura del patrimonio separato, P. Iamici, Unità e separazione dei patrimoni [*supra*, nota 3], p. 193, la quale ritiene più adeguato isolare il problema della tutela dei creditori, operando *ex ante* mediante forme di controllo preventivo finalizzate a verificare eventuali pregiudizi a carico dei creditori preesistenti, e *ex post* mediante rimedi che riguardino il profilo della garanzia patrimoniale, ammettendo, quindi, i creditori pregiudicati ad aggredire i beni del patrimonio separato.

(13) V. E. Roppo, voce "Responsabilità patrimoniale" [*supra*, nota 4], a p. 1052, ove rileva che le più significative ipotesi di limitazione legale della responsabilità possono ricondursi a tre classi distinte, a seconda che la limitazione dipenda dalla qualità dei beni, ovvero dalla qualità dei crediti, o, ancora, dalla considerazione congiunta della qualità dei beni e della qualità dei crediti. Le fattispecie rientranti nella prima categoria si caratterizzano per la circostanza che alcuni beni del debitore vengono sottratti, in ragione del "valore" ad essi riconosciuto dall'ordinamento, all'azione esecutiva del debitore. Si tratta generalmente di beni ricollegabili ad un vincolo di destinazione, e pertanto finalizzati specificamente a interessi considerati, normativamente, meritevoli di tutela. La seconda classe concerne le situazioni in cui determinati debiti di un soggetto, in ragione della loro peculiare natura o relazione con la sfera del debitore, godono di una garanzia estesa soltanto ad una parte del patrimonio del debitore. La *ratio* della terza classe, infine, sarebbe rinvenibile in una combinazione delle due precedentemente esaminate. Determinati beni appartenenti ad un soggetto, infatti, sulla base di una sorta di "plusvalore" che ad essi deriva dalla loro peculiare destinazione, sarebbero esonerati dal rispondere di determinati debiti del soggetto.

**Saggi**

te non si porrà alcun problema di affidamento dei creditori sulla solvibilità del soggetto in relazione ai predetti beni. Diversa appare la posizione del disponente e dei relativi creditori, ed è questa la fattispecie che nella sentenza in esame assume rilevanza. È evidente che qui un problema di tutela dei creditori potrà porsi, e rispetto a tale ipotesi si impongono delle valutazioni ulteriori. Si ritiene, in questa prospettiva, di concordare con chi ritiene che i referenti scritti di un'operazione puramente interna di trust debbano essere quelli previsti dagli artt. 1707 e 2915 cod. civ., intesi quali criteri dotati di valenza sistematica generale, contenenti le indicazioni delle condizioni di opponibilità di un qualsiasi titolo costitutivo di un vincolo di destinazione su determinati beni(14). In particolare si potrebbe ritenere che l'art. 1707 cod. civ., fissando i limiti di tutela dei creditori del mandatario rispetto ai beni che quest'ultimo ha acquistato in nome proprio, ma in esecuzione del mandato, fissi una regola valida in generale con riferimento alle attività dirette alla gestione di interessi altrui(15). Ciò assume ancor più rilievo ove si consideri la particolare importanza che assume il mandato in tale ambito, potendosi tale istituto configurare come uno schema di carattere generale per il compimento di attività economiche che coinvolgono la gestione di interessi altrui(16).

In questa prospettiva si può ritenere che la creazione nel nostro ordinamento di "effetti segregativi", pur intendendo tale espressione in senso atecnico, non sia un'ipotesi del tutto eccezionale, almeno nelle situazioni che comportano un agire nell'interesse altrui, quale forma di tutela della funzione perseguita, e con i limiti previsti dalle norme sul mandato(17). Se quindi astrattamente una figura di trust interno non costituisce violazione dell'interesse del creditore del disponente, così come tutelato dal principio dell'art. 2740 cod. civ., l'interprete dovrà comunque procedere a valutazioni ulteriori condotte mediante gli strumenti messi a disposizione dell'ordinamento.

### § 3. Meccanismi di tutela dei creditori.

Sotto questo profilo la decisione in esame evidenzia la possibilità per l'interprete di censurare eventuali frodi ai creditori, evitando al contempo un'aprioristica valutazione negativa della figura del trust. Lo strumento utilizzato è quello della revocatoria, in virtù della quale possono essere revocati e quindi privati di efficacia atti con i quali il debitore ha definitivamente trasferito la proprietà di cespiti del proprio

patrimonio, quando risulti che ha compiuto tali atti allo scopo di sottrarre garanzie patrimoniali ai propri creditori. Il giudice osserva, infatti, che se può essere soggetta a revocatoria la vendita di beni mobili e immobili del debitore o la donazione degli stessi a terzi, *a fortiori* i beni conferiti da un debitore in trust potranno essere oggetto di revocatoria da parte dei suoi creditori, non potendosi certamente affermare che il patrimonio separato tipico del trust sia meno aggredibile da parte dei creditori di quello definitivamente trasferito in proprietà a terzi dal debitore stesso. Nella fattispecie, il resistente deduce di avere ingenti debiti nei confronti del fratello e di altri soci, e quindi di aver istituito un trust proprio allo scopo di saldare gli stessi attraverso una vendita graduale del pacchetto azionario. Viene, quindi, istituito, come rileva l'organo giudicante, un trust avente uno scopo non diverso da una cessione ai creditori, tralasciando tuttavia il credito nei confronti del ricorrente. Facilmente rinvenibili appaiono così nel caso di specie i requisiti dell'azione revocatoria(18). Sussiste, infatti,

#### Note:

(14) L. Salamone, Gestione e separazione patrimoniale [*supra*, nota 3], p. 399, il quale rileva che gli artt. 1707 e 2915, comma I cod. civ. sembrano assumere una portata generale, nel senso che l'opponibilità del titolo costitutivo del vincolo di destinazione ivi disciplinato non pare decisamente presupporre il mandato, ma sembra compatibile con qualsiasi altro atto diretto ad individuare un interesse e a costituire in capo ad altro soggetto degli obblighi di cura di questo interesse.

(15) V. Cass., 21 maggio 1999, n. 4943, Giust. civ., 1999, I, 2635 (nota V. Salafia).

(16) Sul mandato in generale si può leggere, *ex plurimis*, F. Alcaro (cur.), Il mandato, Milano, 2000; Id., Mandato e attività professionale, Milano, 1988; A. Luminoso, Il mandato, Torino, 2000; M. Graziadei, voce "Mandato", Dig. disc. priv., Sez. Civ., vol. XI, Torino, 1994, 154; Id., voce "Mandato (diritto comparato)", Dig. disc. priv., Sez. Civ., vol. XI, Torino, 1994, 192; U. Carnevali, voce "Mandato", Enc. giur., vol. XX, Roma, 1990.

(17) Sulla "proprietà del mandatario" quale figura speciale di proprietà per i vincoli volti al perseguimento di un interesse altrui, v. R. Calvo, La proprietà del mandatario, Padova, 1996, p. 203; L. Salamone, La c.d. proprietà del mandatario, Riv. dir. civ., 1999, I, 77.

(18) Sull'azione revocatoria, v. R. Nicolò, Dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale, in Comm. cod. civ. a cura di A. Scialoja - G. Branca, I. VI, Bologna-Roma, 1953; U. Natoli, voce "Azione revocatoria ordinaria", Enc. dir., vol. IV, Milano, 1959, 380; U. Natoli - L. Bigliuzzi Geri, I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale [*supra*, nota 9]; L. Bigliuzzi Geri, voce "Revocatoria (azione)", Enc. giur., vol. XXVII, Roma, 1991; C. Cossu, voce "Revocatoria ordinaria (azione)", Dig. disc. priv., Sez. Civ., vol. XVII, Torino, 1998, 451; A. Maffei Alberti, Il danno nella revocatoria, Padova, 1970; E. Lucchini Guastalla, Danno e frode nella revocatoria ordinaria, Milano, 1995.

Sull'utilizzazione della revocatoria a tutela dei creditori del disponente di un trust, v. F. Di Ciommo, Brevi note in tema di azione revocatoria,

(Segue)

il pregiudizio alle ragioni di credito del ricorrente nell'atto del conferimento del pacchetto azionario al trust, per la insufficienza della restante parte del suo patrimonio a soddisfare le ragioni del creditore. Sul punto dell'*eventus damni*, si ritiene generalmente sufficiente una situazione di mero, purché reale, pericolo, senza necessità di un danno effettivo ed attuale(19). La giurisprudenza è univoca su questo profilo, ritenendo esistente tale presupposto ogni volta in cui il risultato utile della successiva esecuzione forzata rischi di rimanere, anche solo parzialmente, frustrato(20). Nel caso di specie la insufficienza dei beni residui, oltre al pacchetto azionario, detenuti dal resistente evidenzia palesemente la sussistenza dell'*eventus damni*, apparendo del tutto verosimile che l'esito dell'esecuzione forzata non sia adeguatamente soddisfacente per il creditore.

Analogamente corretto risulta il giudizio in ordine alla sussistenza dell'elemento soggettivo; la legge richiede infatti, ai fini dell'esperibilità dell'azione, la dolosa preordinazione se l'atto di disposizione è posto in essere anteriormente al sorgere del credito, e la consapevolezza da parte del debitore del pregiudizio per il creditore in caso di atto successivo(21). Nel caso di specie viene rilevato che K si dichiarava debitore del ricorrente fin dal momento in cui questi prestava garanzia, nel maggio 2000, mentre conferiva i beni in trust solo in data 27 febbraio 2002, vale a dire il giorno successivo alla richiesta da parte della BNL di rientro immediato del finanziamento. La ricostruzione degli eventi spinge il Giudice a ritenere che l'atto fosse preordinato "specificamente ed univocamente" alla sottrazione del pacchetto azionario, e quindi della garanzia patrimoniale della ricorrente. Si ritiene pertanto sussistente il requisito del *consilium fraudis*.

Considerati questi aspetti, accanto all'assenza di uno scopo apprezzabile alla istituzione del trust o almeno di uno scopo ulteriore non attuabile rispetto alla cessione dei beni ai creditori, e alla mancanza di una prova rigorosa in ordine alla anteriorità dei crediti vantati dagli altri soci del resistente, il giudice ritiene correttamente di poter applicare il rimedio di cui all'art. 2901 cod. civ. ad una fattispecie di trust, respingendo la tesi per cui la ratifica della Convenzione de L'Aja avrebbe introdotto una nuova forma di limitazione alla garanzia patrimoniale del debitore nei confronti dei propri creditori.

Nessun problema sembrano porre le condizioni previste dalla legge con riferimento ai terzi aventi

causa. Il problema del requisito soggettivo del terzo viene nel caso di specie risolto facilmente, motivando sulla base della natura solutoria del trust – istituito per l'estinzione di ingenti debiti nei confronti del

Note:

(Continua nota 18)

"trust" e negozio fiduciario, Foro it., 1999, I, 1470, ove l'a., considerando l'orientamento della Cassazione favorevole all'esperibilità della revocatoria in caso di costituzione di fondo patrimoniale, osserva che analogamente potrà essere argomentato in caso di trust, atteso che si è comunque di fronte ad un'ipotesi di segregazione patrimoniale, con determinati beni sottoposti a vincolo di destinazione.

(19) V. L. Bigliuzzi Geri, voce "Revocatoria (azione)" [*supra*, nota 18], a p. 5, la quale osserva che la diminuzione patrimoniale non si traduce necessariamente in un effettivo ed attuale depauperamento del patrimonio del debitore, tale da rendere impossibile il soddisfacimento coattivo dell'interesse del creditore, potendo appunto concretarsi in un semplice pericolo di tale diminuzione, o in una maggiore difficoltà per il creditore stesso di realizzare coattivamente quanto dovutogli. Sul punto, v. anche E. Lucchini Guastalla, Danno e frode nella revocatoria ordinaria [*supra*, nota 18], p. 11 s., ove si mette in evidenza la tendenza progressiva del sistema ad ampliare la nozione di *eventus damni*, fino a ricomprendervi la semplice maggior difficoltà, gravosità, o incertezza della eventuale realizzazione coattiva del diritto del creditore (così Cass., 22 marzo 1990, n. 2400, Corriere giur., 1990, 609), con una notevole distanza rispetto alle posizioni delle corti del secolo passato, ove si poteva leggere che il danno nell'azione pauliana deve consistere "non nella difficoltà maggiore o minore del pagamento, bensì nel pericolo effettivo della perdita totale o parziale del credito" (Cass. Napoli, 2 ottobre 1897, Giur. it., 1897, I, 990; Foro it., 1898, I, 21).

(20) Cass., 21 giugno 1974, n. 1841, Giust. civ. Rep., 1974, voce "Revocatoria", n. 3; Cass., 27 maggio 1977, n. 2180, Giust. civ., 1977, I, 1305; Cass., 29 novembre 1977, n. 5178, Giur. it., 1978, I, 1405.

Cfr. L. Bigliuzzi Geri, voce "Revocatoria (azione)" [*supra*, nota 18], a p. 5, con riferimento alla circostanza dell'*eventus damni*, ove il credito leso dall'attività dispositiva del debitore sia assistito da garanzia reale o privilegio speciale. La soluzione negativa, secondo l'a., dovrebbe essere accolta ogni volta in cui oggetto dell'atto di disposizione sia proprio il bene gravato da garanzia, che non risulterà compromessa in conseguenza del compimento dell'atto, non risultando conseguentemente compromesso il soddisfacimento del creditore. Viene, tuttavia, richiamata una decisione della Cassazione (Cass., 19 giugno 1967, n. 1453, Foro it., 1967, I, 2094) riguardante un caso in cui l'assenza di pregiudizio per le ragioni del creditore, motivata sulla base dell'esistenza di un'ipoteca gravante in suo favore sul bene oggetto dell'atto impugnato, veniva smentita dal fatto che la vendita del bene aveva finito per posporre, ai sensi dell'art. 2748 cod. civ., il creditore ipotecario ad altro creditore privilegiato dell'acquirente.

(21) V. L. Carraro, Valore attuale della massima "fraus omnia corrumpit", Riv. trim. dir. e proc. civ., 1942, 782, ove rileva che è in atto un processo di "oggettivazione" con riferimento all'azione revocatoria; se, infatti, la medesima era originariamente incentrata sulla nozione di frode, quale presupposto indefettibile dell'istituto, con il tempo ha visto l'attenzione spostarsi sulla peculiare finalità di tutela del credito, con una conseguente attenuazione del requisito psicologico. Su questo profilo v. anche E. Lucchini Guastalla, Danno e frode nella revocatoria ordinaria [*supra*, nota 18], p. 25 s., il quale si chiede se il mutamento che ha interessato l'azione revocatoria altro non sia se non una delle molteplici espressioni di un processo di più vaste proporzioni che sembra investire diversi settori del diritto privato. L'a. evidenzia peraltro che la linea interpretativa menzionata in tema di revocatoria potrebbe aver determinato un nuovo rischio per chi si accinge a concludere un'operazione negoziale, quello di veder revocato il contratto. Pertanto l'ammissione della revoca di un atto senza più riferimento alla frode potrebbe produrre un effetto dannoso per la sicurezza dei traffici giuridici.

## Saggi

fratello e di altri soci –, non essendo peraltro prevista nel relativo contratto alcuna controprestazione da parte dei trustee, e creditori del disponente, ed avendo rinunciato gli stessi ad ogni compenso per l'amministrazione dei beni conferiti in trust(22). In questa situazione, secondo quanto previsto dalla lettera del codice, è irrilevante la condizione soggettiva del terzo, avendo l'ordinamento interesse principalmente al pregiudizio del creditore(23). Si osservi, peraltro, che nella fattispecie il disponente aveva assunto anche la qualifica di beneficiario, facendo comunque venir meno ogni problema in ordine ad eventuali terzi aventi causa ulteriori.

Sotto questo profilo un'annotazione ulteriore, relativa alla generica figura di trust, merita di essere prospettata. La *ratio* della norma, nel disciplinare questo aspetto, è quella di contemperare le esigenze di tutela del creditore con quelle di colui che tragga benefici, a titolo oneroso, dall'atto di disposizione. Analizzando la tipologia tradizionale del trust, quel che emerge è un trasferimento di diritti a favore del trustee, il quale ne dispone o per l'interesse di un terzo o per uno scopo preciso. Prescindendo in tale sede dalla riproposizione del dibattito relativo alla qualificazione delle posizioni soggettive coinvolte in un'operazione di trust, quel che si rileva è che la posizione del trustee è quella di un proprietario vincolato al perseguimento di interessi altrui, e solitamente, pur se retribuito, sottoposto a rigide regole che limitano la sua facoltà di disposizione dei beni(24). Risulta quindi difficile considerarlo quale soggetto da prendere in considerazione al fine della valutazione del requisito soggettivo richiesto dalla norma. Sotto al-

### Note:

(22) In dottrina è stata posta in evidenza la difficoltà di distinguere nettamente i casi in cui l'atto di disposizione risulti gratuito ovvero oneroso: v. U. Natoli, voce "Azione revocatoria ordinaria" [*supra*, nota 18], a p. 896, il quale rileva che se vi sono atti rispetto ai quali l'onerosità o gratuità si presenta come un carattere naturale, ne sussistono altri di per sé neutri, con riferimento ai quali detto profilo va dedotto da un'ampia fattispecie nella quale sono inseriti; v. anche C. Cossu, voce "Revocatoria ordinaria (azione)" [*supra*, nota 18], a p. 469, il quale rileva che l'accertamento sull'onerosità dell'atto potrebbe risolversi nella semplice verifica riguardante il terzo. Conseguentemente si dovrebbe concludere nel senso dell'onerosità ogni volta in cui sia accertato un dare del terzo a fronte dell'attribuzione patrimoniale ricevuta per effetto dell'atto di disposizione. Tuttavia, precisa l'a., tale tesi non può essere condivisa dal momento che l'accertamento dell'onerosità modifica certamente la disciplina in senso favorevole al terzo, ma ciò accade a posteriori, all'esito di un'indagine, vale a dire quando si è effettivamente accertato il carattere dell'onerosità. Si rinverrebbe quindi una inammissibile inversione logica nel momento in cui si utilizza per l'indagine un motivo che in realtà è lo scopo di questa. Necessaria, pertanto, diviene la valutazione della sfera patrimoniale del debitore.

(23) Qualora l'atto sia a titolo gratuito la posizione del terzo acquirente appare del tutto indifferente, dal momento che la legge concede la preferenza al creditore, sulla base del principio per cui *qui certat de damno vitando* prevale su colui che *certat de lucro captando*. Nell'ipotesi di atto a titolo oneroso si porrà un'esigenza di tutela anche del terzo, oltre che del creditore che ha subito il pregiudizio. L'ordinamento prende pertanto in considerazione anche lo stato soggettivo del terzo. In caso di atto anteriore al sorgere del credito il terzo dovrà essere partecipe della dolosa preordinazione a danno del futuro creditore; nell'ipotesi, di contro, di atto successivo al sorgere del credito è necessario che il terzo sia consapevole del pregiudizio che l'atto avrebbe potuto recare al creditore del suo dante causa. In questa seconda situazione il requisito della consapevolezza è stato considerato indipendente dalla specifica conoscenza del credito a tutela del quale l'azione revocatoria viene esperita, riguardando invece, la riduzione delle garanzie offerte dal debitore in relazione alla consistenza patrimoniale considerata e ai vincoli già esistenti nei confronti di altri creditori: così Cass., 19 marzo 1996, n. 2303, Giust. civ. Mass., 1996, 389; Cass., 20 novembre 1996, n. 10219, Giust. civ. Mass., 1996, 1556, per cui il requisito della consapevolezza consisterebbe nella generica conoscenza del pregiudizio che l'atto di disposizione posto in essere dal debitore, diminuendo la garanzia patrimoniale, può arrecare alle ragioni dei creditori. Per quanto riguarda la partecipazione del terzo alla dolosa preordinazione, occorre domandarsi se a tal fine sia necessario il medesimo dolo specifico che qualifica la condotta del debitore, ovvero la semplice conoscenza da parte del terzo dello scopo fraudolento perseguito dal debitore. Quest'ultima appare la soluzione accolta dalla dottrina prevalente: si ritiene infatti *in re ipsa* la mala fede di colui che tragga profitto da un atto di cui conosce la finalità fraudolenta: v. R. Nicolò, Dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale [*supra*, nota 18], p. 215, il quale rileva che l'eventuale necessità del dolo specifico anche a carico del terzo renderebbe l'onere probatorio, a carico del creditore, eccessivamente gravoso. Maggiori incertezze si avrebbero, di contro, sul fronte delle decisioni giurisprudenziali, ove si riscontrano pronunce che richiedono, appunto la *scientia fraudis*, o, addirittura, la *participatio fraudis* da parte del terzo, accanto a decisioni che ritengono sufficiente la semplice *scientia damni*: v., nel primo senso, Cass., 3 febbraio 1968, n. 344, Giust. civ. Rep., 1968, voce "Revocatoria", n. 3; Cass., 9 marzo 1979, n. 1468, Giust. civ., 1979, I, 1215; a favore della sufficienza della sola *scientia damni* si è pronunciata Corte d'App. Firenze, 20 marzo 1967, Giur. toscana, 1967, 540; per la necessità della *participatio fraudis* è invece Corte d'App. Firenze, 14 giugno 1966, Giust. civ. Rep., 1966, voce "Revocatoria", n. 8.

(24) Si tratta, come è noto, di un profilo ampiamente dibattuto, strettamente connesso a quello che la dottrina tradizionale di *civil law* configurava come una caratteristica peculiare del trust, vale a dire lo sdoppiamento del diritto di proprietà. Sul punto, v. R. Franceschelli, Il trust nel diritto inglese, Padova, 1935, p. 138, il quale definisce l'istituto come un "rapporto fiduciario, derivante dalla volontà privata o dalla legge, in virtù del quale colui che ha su determinati beni o diritti la proprietà formale o la titolarità è tenuto, per effetto della proprietà sostanziale che non è in lui, a custodirli e (o) amministrarli, o comunque a servirsi di un vantaggio di uno o più beneficiari, tra i quali può essere anche compreso, o di uno scopo". V. anche Trib. Oristano, 15 maggio 1956, in questa Rivista, 2003, 294; Foro it., 1956, I, 1020, ove si legge che "il trust con le sue caratteristiche di sdoppiamento di proprietà fra due soggetti che appaiono entrambi proprietari non può trovare cittadinanza nel nostro ordinamento".

La difficoltà principale nasce essenzialmente dall'incerta qualificazione della posizione giuridica del beneficiario, che nel diritto inglese risulta titolare di una *equitable ownership*. Tale nozione ha da sempre suscitato perplessità presso i *civil lawyers* che tradizionalmente vi hanno individuato una situazione di realtà. Si osservi che anche nel panorama di *common law* non risulta con chiarezza l'inquadramento concettuale della posizione del beneficiario: sul punto, cfr., in tempi non recenti, il dibattito apparso sulle pagine della *Columbia Law Review*. A favore della natura meramente personale del diritto del beneficiario, H. Stone, *The Right of the Cestui que Trust*, 17 *Col. Law Rev.*, 1917, 467, per cui il medesimo avrebbe esclusivamente una posizione da far valere nei confronti del trustee "especially enforceable with reference to trust"; posizione opposta in A. W. Scott, *The Nature of the Rights of the Cestui que Trust*, 17 *Col. Law Rev.*, 1917, 269, il quale considera detto diritto "like property rights rather than like obligations".

tro profilo, il beneficiario appare figura altrettanto difficile da considerare ai fini previsti dalla norma. Egli, infatti, potrebbe godere degli effetti di un trust solo in periodo successivo, o comunque in modo eventuale(25); astrattamente risulta peraltro difficile ipotizzare un corrispettivo fornito dal beneficiario al disponente. È evidente che si può immaginare una fattispecie rientrante all'interno di rapporti già sussistenti tra le parti, come appunto nel caso di specie, ove i beneficiari dell'operazione sono precedenti creditori del disponente, ma si tratterebbe comunque di ipotesi differente rispetto a quella prevista dalla norma, che sembra considerare l'atto della disposizione in sé ai fini della valutazione presa in esame. Quel che quindi sembra derivarne è la sottrazione delle fattispecie di trust ad una indagine sotto questo profilo, risultando determinante esclusivamente la posizione del disponente-debitore. Si tratta di osservazioni che mirano ad evidenziare come l'applicazione di istituti propri del nostro sistema al trust non sempre può avvenire senza un attento adattamento interpretativo dei medesimi. È ovvio peraltro che la prassi può fornire innumerevoli esempi di operazioni giuridico-economiche ove risulti possibile procedere ad un'analisi della posizione del terzo, ma la sua configurazione "tradizionale" rende ininfluenza la medesima.

Tornando all'esame del caso di specie, tra le eccezioni della difesa c'è quella per cui, anche ammettendo l'esperibilità della revocatoria in caso di trust, la stessa non potrà operare in relazione alla vicenda in esame, data la funzione solutoria del negozio realizzato, e quindi l'applicabilità del penultimo comma dell'art. 2901 cod. civ., sulla esclusione della possibile revocatoria dell'adempimento del debito scaduto. Il giudice respinge l'argomentazione osservando che la norma si riferisce al pagamento in senso tecnico (con denaro o altro strumento equipollente) e non si estende ad attività che rinviano ad un momento successivo, quali la cessione dei beni ai creditori, la assunzione di garanzia a copertura di debiti altrui, ecc. Si tratterebbe, quindi, di una norma di stretta interpretazione, non suscettibile di applicazione analogica. Nel caso di specie, in effetti, K non ha immediatamente provveduto ad estinguere i propri debiti nei confronti degli altri soci, ma ha conferito le sue azioni in trust perché esse fossero gradualmente vendute, e con il ricavato fossero soddisfatti i suoi creditori. Si ritiene, pertanto, in maniera del tutto corretta, che si potrà parlare di adempimento di debito scaduto solo

con riferimento ai titoli già venduti ed alle somme eventualmente già incamerate, e non in relazione all'operazione di trust. Il legislatore, infatti, richiede, quale requisito di ammissibilità dell'azione revocatoria, un atto di disposizione che risulti "espressione della decisione arbitraria dello stesso debitore"(26). Il III comma dell'art. 2901 cod. civ., infatti, dichiarando non soggetto a revocatoria l'adempimento di un debito scaduto, è espressione di un principio più ampio, ossia quello della irrevocabilità degli atti dovuti, anche perché, è stato osservato, la mancanza di arbitrarietà renderebbe difficoltosa la dimostrazione dei presupposti del *consilium fraudis* e dell'*eventus damni*. Si rileva, tuttavia, anche in dottrina, come correttamente evidenziato dal giudice nel caso in esame, che il negozio tramite il quale il debitore assume l'obbligo adempiuto non dovrà essere fraudolento, e che l'adempimento dovrà considerarsi normale(27). La fattispecie che qui si commenta non può, quindi, certamente riportarsi alla lettera dell'art. 2901, III comma, dal momento che risulta difficile vedere un atto dovuto nella complessa operazione di trust posta in essere dal creditore e ancor più risulta arduo individuarvi la mancanza di arbitrarietà che è alla base della disposizione legislativa, che, come correttamente argomentato dal giudice, può riscontrarsi esclusivamente nel pagamento, e non in un'operazione ove tale momento risulta differito.

#### § 4. Conclusioni.

La decisione merita un accoglimento certamente favorevole, soprattutto perché dimostra come tanti dei timori che tradizionalmente accompagnano il dibattito sulla possibile operatività del trust in Italia risultino infondati. Il rischio che lo strumento del trust possa

---

#### Note:

(25) Significativa in tal senso l'ipotesi dei trust c.d. discrezionali, ove la predeterminazione dei beneficiari e la posizione da attribuire a ciascuno di essi non è effettuata dal disponente, ma è rimessa al trustee, o eventualmente ad un *protector* (è infatti possibile che l'atto istitutivo possa prescrivere che un terzo dia istruzioni ai trustee circa gli investimenti, ovvero che il consenso di tale terzo debba essere necessariamente richiesto per tale finalità). I beneficiari di un trust discrezionale si caratterizzano per la loro appartenenza ad una determinata categoria o semplicemente per la loro inclusione in una lista redatta dal disponente.

(26) U. Natoli, voce "Azione revocatoria ordinaria" [*supra*, nota 18], a p. 895.

(27) R. Nicolò, Dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale [*supra*, nota 18], p. 234.

## Saggi

costituire un meccanismo di abuso, o frode ai creditori, appare infatti smentito dalla presenza nel nostro sistema di istituti idonei a prevenire tali risultati. L'azione revocatoria è, indubbiamente, la prima di queste figure a venire in considerazione, dal momento che consente un'indagine sull'operazione negoziale realizzata al fine di dichiararne eventualmente l'inefficacia relativa. La decisione commentata, evidenziando come detta azione possa operare senza alcun ostacolo con riferimento al trust, appare anche una risposta a coloro che, assumendo un atteggiamento restrittivo, vedono nell'art. 2740, II comma cod. civ., un ostacolo all'operatività del trust, in quanto istituto che viola la *ratio* della norma di tutela del creditore.

Si può pertanto ritenere, come la sentenza dimostra, che il nostro ordinamento è senza dubbio dotato di meccanismi sufficienti per impedire figure negoziali abusive, fraudolente, o illegittime, sia pure attraverso operazioni giuridico-economiche indirette(28). In questa prospettiva la figura del trust non differisce dagli altri strumenti di autonomia privata che il nostro sistema prevede, in particolare tenendo conto della possibilità di porre in essere contratti atipici. Si tratterà sempre, infatti, di operare un controllo alla luce delle istanze prioritarie previste dall'ordinamento quale limite all'autoregolamentazione privatistica, e ciò non può che essere svolto sull'ope-

razione concretamente posta in essere, e non su una figura astratta, che può racchiudere in sé molteplici e variegati fattispecie(29). Si auspica pertanto che la decisione commentata possa essere letta come una dimostrazione della capacità del sistema nel prevenire frodi e abusi, e quindi della possibilità del medesimo di recepire istituti anche estranei alla propria tradizione giuridica.

## Note:

(28) Utile in questa prospettiva potrebbe essere lo strumento del contratto in frode alla legge di cui all'art. 1344 cod. civ., richiamato dal Tribunale anche nella sentenza che qui si commenta, ove si rileva che la clausola contrattuale per cui i beni in trust sono separati dal patrimonio personale del trustee e non sono in alcun modo aggredibili né dai suoi creditori personali, né da quelli del disponente, se va interpretata quale assoluta non aggredibilità di tali beni da parte dei soggetti coinvolti nel trust, dovrà considerarsi nulla perché in frode alla legge, e precisamente in frode ai mezzi di conservazione patrimoniale del debitore. Sul contratto in frode alla legge, v. L. Carraro, *Il contratto in frode alla legge*, Padova, 1943; U. Morello, *Frode alla legge*, Milano, 1969.

(29) Tra i meccanismi di controllo su un'operazione di trust, possiamo richiamare anche i tradizionali criteri di valutazione degli atti di autonomia privata costituiti dall'art. 1343 e dall'art. 1322 cod. civ., con particolare riferimento ai principi di ordine pubblico e alla meritevolezza di interesse. Sul punto, v., *ex plurimis*, G. B. Ferri, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970; Id., voce "Ordine pubblico (dir. priv.)", *Enc. dir.*, vol. XXX, Milano, 1980, 1038; Id., Ancora in tema di meritevolezza di interesse, *Riv. dir. comm.*, 1979, I, 1; A. Guarneri, voce "Ordine pubblico", *Dig. disc. priv.*, Sez. Civ., vol. XIII, Torino, 1995, 154; Id., *Questioni sull'art. 1322 cod. civ.*, *Riv. dir. comm.*, 1976, II, 263; M. Nuzzo, voce "Negozio giuridico illecito", *Enc. giur.*, vol. XX, Roma, 1990.

# Ammissibilità dei trust e applicazioni pratiche nell'ordinamento italiano: profili fiscali – I parte

di Luigi Belluzzo

SOMMARIO: § 1. Premessa. – § 2. Residenza e soggettività passiva dei trust: profili dottrinali. – § 3. Imposizione. – § 3.1. Imposizione diretta.

## § 1. Premessa.

Il tema dei profili fiscali del trust è assai dibattuto in dottrina e vede varie opinioni a confronto, delle quali si darà debita informazione. È importante distinguere il tema all'interno della prassi professionale, riservando quanto segue al merito dell'approfondimento dottrinale; il tema è infatti caratterizzato da confini per lo meno incerti e fortemente correlato alle singole fattispecie oggetto di analisi. Il riferimento specifico è alle tipologie di trust(1) e alle difficoltà, in taluni casi, di poter pienamente conciliare la specifica fattispecie con le categorie del diritto tributario interno.

È noto a tutti, infatti, come la grande duttilità del trust renda difficile tipizzare tutte le varie fattispecie in cui tale istituto può configurarsi e come questa peculiarità renda pertanto arduo fornire una definizione di trust. Senza alcun pregiudizio alla dottrina giuridica, a chi scrive piace particolarmente la seguente definizione: "Uno schema astratto di rapporti, precisati di volta in volta e perciò sfuggenti ad un inquadramento generale e definitivo"(2). Ad ogni modo, anche agli scopi del presente contributo, è necessario fare riferimento alla dottrina giuridica, cui si fa ampio rinvio anche in relazione alla definizione di trust interno (o amorfo)(3).

Pur non rientrando nella presente trattazione, il tema della compatibilità con il sistema giuridico italiano dei trust interni a seguito della ratifica della Convenzione de L'Aja, sul punto ci si limita ad indicare come un numero sempre maggiore di orientamenti giurisprudenziali portino a fare prevalere la tesi di una loro compatibilità(4). Il riconoscimento di uno specifico trust andrà comunque effettuato caso

per caso, in considerazione del suo specifico atto di trust e nel rispetto dei principî inderogabili dell'ordinamento, ivi includendo l'aderenza alle norme imperative.

Sul fronte fiscale, pur non mancando alcune precisazioni e alcuni orientamenti che saranno oggetto di esame successivo, occorre notare come la mancanza di una specifica disciplina interna porta ad ampie aree di incertezza.

Come noto, la Convenzione de L'Aja all'art. 19 recita: "La Convenzione non deroga alla competenza degli stati in materia fiscale". Quindi non può essere pregiudicata la potestà erariale.

Quanto sopra anticipato, tuttavia, non deve e

### Note:

Luigi Belluzzo è dottore commercialista in Verona e Milano.

Il testo riproduce la relazione, con modificazioni, presentata al Convegno "I trust interni. Ammissibilità del trust e applicazioni pratiche nell'ordinamento italiano", organizzato dal Collegio dei Ragionieri Commercialisti di Verona, Vicenza e Rovigo, in collaborazione con l'Associazione "Il trust in Italia", svoltosi a Verona il 16 gennaio 2004.

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

(1) Senza pretesa di completezza si ricordano: i trust liberali, i trust commerciali, i trust revocabili o irrevocabili, i trust di scopo, i trust caritatevoli ("charity"), i trust discrezionali, i *constructive trust*.

(2) P. Bernardi, *Il trust nel diritto internazionale privato*, Pavia, 1957, p. 12.

(3) I. Beneventi (cur.), *I trusts in Italia oggi*, Milano, 1996; M. Lupoi, *Trusts*, II ed., Milano, 2001; S. Buttà (cur.), *Introduzione ai trust e profili applicativi*, *Trusts*, Quaderni, n. 2, Milano, 2002.

(4) M. Lupoi, *Legittimità dei trusts "interni"*, in I. Beneventi (cur.), *I trusts in Italia oggi* [supra, nota 3], 29; L. De Angelis, *Questioni di diritto sostanziale e tributario connesse al riconoscimento del trust nell'ordinamento italiano: lacune normative e prospettive di regolamentazione*, *Fiducia e trust*, n. 9, 2002 (allegato a Fisco, 15 aprile 2002), 6214 (I parte); *Fiducia e trust*, n. 10, 2002 (allegato a Fisco, 23 settembre 2002), 12700 (II parte); A. Braun, *Trusts interni*, *Riv. dir. civ.*, 2000, II, 573, con ricca evidenza delle varie posizioni di dottrina; M. L. Mingrone, *La giurisprudenza italiana sui trust. Un passo ulteriore verso il riconoscimento dell'istituto*, in questa Rivista, 2004, 169; G. Fanticini, *La giurisprudenza recente sui trust interni*, supra, 5. Come noto, dal 2003 è ammessa la richiesta diretta del non residente Paese Membro UE per l'attribuzione diretta della Partita IVA.

## Saggi

non può distogliere l'attenzione dal fatto che i trust sollevano interessi meritevoli di tutela e spesso si possono dimostrare più efficaci di altri strumenti propri del nostro ordinamento civile. Anche a fini fiscali pertanto si può affermare che, per talune fattispecie specifiche, il trust interno sembra avere trovato un saldo orientamento, con il pregio di diminuire (o annullare) quella alea che può risultare deterrente per soluzioni che pur si possano dimostrare efficaci in ambito civile.

In conclusione, si ritiene di ben potere affermare che solo una legge *ad hoc* può contribuire all'ulteriore diffusione del trust in Italia. Anche se poco condiviso dalla principale dottrina giuridica, che trova giustamente ampio spazio nella Convenzione e nei principi generali, da un punto di vista meramente fiscale occorre rilevare la preminenza della necessità di fornire al contribuente delle fattispecie il più possibile esenti da alea interpretativa e normativa. L'auspicio è dunque che l'intervento del legislatore sia orientato all'introduzione di una normativa che possa competere (il riferimento è alla *fair tax competition* comunitaria) e rivelarsi quindi con doti di chiarezza e convenienza per l'utilizzatore. Un precedente potrebbe rilevarsi nel novellato istituto lussemburghese della *fiducie*, sottolineando come il legislatore lussemburghese – un Paese di *Civil Law* –, accanto a tale riforma, abbia ratificato la Convenzione de L'Aja con l'intento di rendere la *fiducie* pienamente riconoscibile a livello convenzionale(5).

## § 2. Residenza e soggettività passiva dei trust: profili dottrinali.

Pur trattando in questo saggio di trust interni, non si può non fare riferimento ai trust internazionali, che, oltre al loro diffuso utilizzo, sono stati e sono il vero campo di discussione dottrinale in tema di residenza tributaria. Per quanto attiene ai trust internazionali, alla luce degli scopi del presente lavoro, ci si limita all'esigenza di chiarire come, ad avviso di chi scrive, per evitare la residenza in Italia non sia condizione sufficiente l'ultroneità territoriale degli elementi caratterizzanti lo specifico trust.

Quando un particolare comportamento conclusivo determina il sorgere di presupposti applicativi in Italia, si avrà l'effetto di rendere fiscalmente imponente l'operato del trust. Ovviamente, in applicazione dei principi generali del diritto tributario internazionale, il trust non residente dovrà comunque as-

solvere agli obblighi dichiarativi e di versamento in relazione all'attività territorialmente svolta nel nostro Paese, ivi includendo l'eventualità di una stabile organizzazione.

Secondo certa dottrina, ulteriore elemento di attrazione nell'alveo della soggettività tributaria può essere il fatto che l'oggetto principale sia situato in Italia; opinione che può anche essere condivisa ma che, va detto, nella pratica operativa pare piuttosto rara.

Qualora un trust internazionale sia qualificato a fini impositivi in Italia, dovrà, come qualunque soggetto non residente, nominare un proprio rappresentante e adempiere gli obblighi di dichiarazione e di versamento(6).

La residenza dei trust va dunque ricondotta ad una analisi circa la loro soggettività passiva, ovvero ad una analisi e presa di posizione circa il soggetto in capo al quale sorge l'obbligo impositivo. È questo il principale argomento di dibattito, anche se va indicato come sembri oramai prevalente una determinata tesi.

La dottrina in argomento è in effetti divisa tra coloro (tesi maggioritaria) che propendono per una soggettività tributaria del trust e coloro (tesi minoritaria) che propendono per ricondurre la soggettività tributaria in capo al trustee, non riconoscendo una autonomia tributaria in capo al trust(7).

Rinviando ad una analisi della citata dottrina,

### Note:

(5) L. Belluzzo, Nuova struttura fiduciaria in Lussemburgo, Boll. internazionalizzazione, 2003, n. 12, 24; P. Panico, Trasferimento di proprietà a titolo di garanzia: il modello lussemburghese, in questa Rivista, 2003, 549.

(6) La legge di riferimento è il D. Lgs. 19 giugno 2002, n. 191. Gli "attuatori" e la modulistica sono usciti nel 2003.

(7) Per un riconoscimento della soggettività tributaria in capo al trust, a volte con importanti distinguo, si vedano: J. Maisto, The Taxation of Trusts in Civil Law Countries, 8 European taxation, 246 (1998); R. Lupi, La tassazione dei redditi del trust: il trustee, in I. Beneventi, I trust in Italia oggi [supra, nota 3], 327, a p. 335; S. Tundo, Implicazioni di diritto tributario connesse al riconoscimento del "trust", Dir. e pratica trib., 1993, 1285, a p. 1295; G. Puoti, La tassazione dei redditi del trust, in I. Beneventi, I trust in Italia oggi [supra, nota 3], 321, a p. 323; L. Perrone, La residenza del trust, Rass. trib., 1999, 1601, a p. 1603; M. Miccinesi, Il reddito del trust nelle varie tipologie, in questa Rivista, 2000, 309; M. Aprile, Gli aspetti fiscali del trust, Fisco, 2001, 5277, a p. 5282; L. De Angelis, Questioni [supra, nota 4], a p. 6225.

Per un assoggettamento impositivo in capo al trustee si vedano: R. Dominici, Dattiloscritto "Master di fiscalità internazionale", Euroconference, 2002; S. Gallo, La soggettività ai fini Irpeg, in Aa. Vv., Il reddito d'impresa nel nuovo testo unico, Padova, 1988, 661; P. Marino, La residenza nel diritto tributario, Padova, 1999, p. 164; V. Ficari, Il trust nelle imposte dirette (Irpeg e Irapp): un articolato modulo contrattuale oppure un autonomo soggetto passivo?, Boll. trib., 2000, 1529, a p. 1536; S. F. Cociani, I trusts come strumento di pianificazione fiscale internazionale, Fisco, 2000,

(Segue)

l'argomento si può affrontare attraverso un'analisi della fattispecie atta ad individuare l'area di imponibilità in capo al disponente o al trustee o ad altro soggetto coinvolto, ovvero direttamente in capo al trust. La tesi prevalente argomenta evidenziando come il trustee vada escluso; da un lato si porta l'analisi dell'istituto e la piena evidenza che il trustee non è il titolare dei beni in trust, costituendo detti beni un patrimonio separato ("segregato") sia rispetto agli altri beni del trustee, sia a riguardo dei beni del disponente. Inoltre il trustee non può disporre dei beni in trust, se non nei limiti e secondo le linee guida contenute nell'atto di trust. Ulteriore argomentazione atta ad escludere la soggettività del trustee è connessa all'esigenza di valutare quelle strutture in cui i trustee siano più di uno, magari con profili di residenza tributaria transnazionali.

L'altra tesi è sostenuta in particolare evidenziando la carenza di "organizzazione" in capo al trust e la conseguente imponibilità in capo al trustee dei redditi, ovviamente tenuto conto dei vari patrimoni segregati per i quali svolge la funzione medesima. Non pare ad alcuni poi sufficiente la tesi della segregazione in capo al trustee in quanto, proprio in connessione con il contenuto dell'atto di trust, è il trustee ad amministrare il patrimonio e, se da una lato la natura del trust comporta la distinzione piena tra reddito proprio del trustee e reddito del patrimonio in trust, ciò non di meno il presupposto soggettivo si manterrebbe in capo al trustee(8).

In via ulteriore si può evidenziare come sia il trustee a doversi fare carico delle imposizioni connesse al trust, quale ordinaria gestione del patrimonio in trust. Infine, sempre a supporto della posizione minoritaria, è opportuno osservare come l'iscrizione di beni in trust sia nella prassi operata in capo al trustee e non al trust. Il riferimento è alla ormai consolidata prassi notarile relativa alla trascrizione di beni immobili e di diritti reali(9).

In ottica teorica, ma non solo, il dibattito va infine coniugato con i novelli istituti della trasparenza fiscale introdotti dalla riforma dell'Ires, come noto primo passo ad una completa riscrittura dei principi alla base del sistema fiscale italiano(10).

Ulteriore aspetto, complice l'approfondimento di tematiche internazionali tributarie, può poggiare sull'evidenza che solo una "stabile organizzazione" in Italia porta a considerare l'assoggettamento passivo in capo al trust; se ciò può confortare alcune ipotesi ove l'azienda sia direttamente gestita e amministrata,

tale parallelismo può supportare la tesi generale per la previsione del trust quale soggetto passivo. Ma in molte altre fattispecie, forse la maggioranza, il patrimonio in trust si risolve in denaro, titoli e comunque investimenti staticamente detenuti dal trust e affidati in gestione a terzi soggetti; fattispecie queste che, sovente, non sono qualificanti ai fini dell'istituzione di una stabile organizzazione in Italia.

Comunque, lasciando a futura dottrinale discussione quanto sopra, si ritiene corretto evidenziare nel prosieguo l'opinione in tema della maggioranza, per altro supportata anche dall'unica presa di posizione ufficiale (Se.C.I.T.) e da alcune opinioni rese dall'Amministrazione, di cui si darà debito conto.

Come già ricordato, in tema di trust interni, nella definizione propria della dottrina non tributaria non pare esservi dubbio alcuno circa l'esistenza dei presupposti impositivi in Italia.

Ricorrendo ai principi generali in vigore, il riferimento va dunque all'art. 73 del D. P. R. 22 dicembre 1986, n. 917 (di seguito: "Tuir") e, in particolare, al II comma, dove maggiore è l'attenzione della dottrina. Va tuttavia notato che il dettato normati-

Note:

(Continua nota 7)

12993, a p. 12996; A. Giovannini, Soggettività tributaria e fattispecie impositiva, 1996, p. 422; A. Fedele, Visione di insieme della problematica interna, in I. Beneventi, I trust in Italia oggi [supra, nota 3], 269, a p. 270.

(8) Così R. Dominici, Dattiloscritto [supra, nota 7], ove argomenta la carenza di "organizzazione" in capo al trust facendo riferimento al concetto stesso di "organizzazione", che presuppone un complesso di beni oggettivamente idoneo al perseguimento di uno scopo. Tale requisito non sembra sussistere "in un compendio patrimoniale soggettivamente unificato per volontà del disponente".

(9) Sul tema si rinvia a L. Salvatore, Il trend favorevole all'operatività del trust in Italia: esame ragionato di alcuni trusts compatibili in un'ottica notarile, Contratto e impr., 2000, 644, a p. 645; P. Piccoli, Trascrizione dell'acquisto immobiliare del trustee, in questa Rivista, 2000, 227. Si noti ulteriormente come certa dottrina ha infatti evidenziato la non compatibilità di tale comportamento con le tesi dell'assoggettamento tributario del trust; si veda L. De Angelis, Questioni [supra, nota 4], a p. 6221.

(10) Tra i progetti di legge scaduti con la scorsa legislatura ricordiamo quello del 12 novembre 1998 n. 5194, poi scisso nel novembre del 1999 in due distinti progetti: quello contrassegnato con il n. 5194-bis sulla riforma delle società fiduciarie e il n. 5194-ter sulla disciplina del trust. Notevolmente più articolata della precedente e per questo degna di nota è la proposta di legge presentata alla Camera in data 11 novembre 1999, n. 6547, in questa Rivista, 2002, 259; essa prevedeva le formalità per l'istituzione del trust interno, riconosceva a banche, "sgr" e imprese di investimento abilitate, oltre quindi alle società fiduciarie, la possibilità di esercitare la funzione di trustee e, sul piano fiscale, annoverava i trust tra i soggetti passivi dell'Irpeg, prevedendo un'imposta sostitutiva con modalità molto simili a quelle previste per i fondi comuni d'investimento aperto. Per le imposte indirette prevedeva l'imposta di registro proporzionale, con la possibilità di godere di un regime agevolato ad imposta fissa, e l'imposta sulle successioni e donazioni in capo ai beneficiari.

## Saggi

vo non riconosce la “tipicità” fiscale di tale istituto. Sul tema, con l’aiuto di autorevole e recente dottrina, si può infatti affermare che il trust non è menzionato tra i soggetti passivi delle imposte sul reddito. “Non lo era nel precedente testo unico. E non lo è neppure nel nuovo testo unico, attuativo di una parte della Riforma Tremonti, benché nel più significativo dei progetti di legge prodotti negli ultimi anni per disciplinare il fenomeno (proposta 6547/1999(11)) se ne preveda l’inclusione nella sfera dei soggetti passivi dell’Irpeg”(12). Secondo la riferita dottrina, in sé e per sé il dettato normativo non pare atto a ricomprendere il trust e, allo scopo di intercettare fenomeni non altrimenti che “in modo sistematicamente persuasivo” e costituzionalmente adeguato, evidenzia correttamente la necessità che il trust:

- sia configurato come organizzazione (insieme di persone e/o di beni stabilmente strutturati per il raggiungimento di un determinato scopo);
- non appartenga ad altri soggetti passivi;
- abbia attitudine a realizzare il presupposto dell’imposta in “modo unitario ed autonomo”.

Il riferimento va dunque al II comma dell’art. 73 del Tuir, atto a ricomprendere nelle categorie di cui alle lettere b) (“enti pubblici o privati diversi dalle società, residenti nel territorio dello Stato, che hanno per oggetto esclusivo o principale l’esercizio di attività commerciali”) e c) (“enti pubblici e privati diversi dalle società, residenti nel territorio dello Stato, che non hanno per oggetto esclusivo o principale l’esercizio di attività commerciali”) “oltre alle persone giuridiche, le associazioni non riconosciute, i consorzi e le altre organizzazioni non appartenenti ad altri soggetti passivi, nei confronti dei quali il presupposto dell’imposta si verifica in modo unitario e autonomo, [...]”, richiamando anche le società e le associazioni ex art. 5 Tuir (“Redditi prodotti in forma associata”).

Sul punto pare dunque di poter commentare come la disposizione in oggetto non sembri tale da attrarre chiaramente il trust e confutare così ogni contraria interpretazione dottrinale, pena l’assimilazione dello stesso ad una società o ad un “ente di ogni tipo”, che però è richiamato alla lettera d), del I comma dell’art. 73 del Tuir.

Muovendo nuovamente al di fuori delle categorie del trust interno, richiamando che il tema della residenza meglio si analizza con la prospettiva del trust internazionale, particolare riferimento potrebbe an-

dare all’art. 153 del Tuir, ove è stata richiamata un’apposita sezione (capo V) per gli “enti non commerciali non residenti”; va considerato che nel Tuir previgente non vi era distinzione (si veda il vecchio art. 112 del Tuir) tra la categoria in commento e le società e gli enti commerciali non residenti. Condividendo i toni del dibattito emergente, è probabile che il legislatore, nell’attesa della riforma Ire, abbia voluto marcare la differenza, pur mantenendo i presupposti impositivi nell’ambito del principio generale della territorialità, mutuando il disposto dell’art. 23 Tuir. Sarà dunque da attendere la mossa del legislatore in campo Ire.

In tema, dunque, si ritiene prevalga la necessità di attendere una ufficiale posizione dell’Amministrazione a commento della riforma introdotta dal legislatore, evidenziando come una posizione, anche solo in via interpretativa, possa probabilmente fare superare, nel caso dei trust interni, le perplessità e conseguentemente definire con certezza la soggettività tributaria in capo al trust per tutte le possibili fattispecie di trust.

Prevalendo la tesi della piena soggettività tributaria del trust, diretta conseguenza sarà dunque una imposizione diretta ai fini Ires, Irpef/Ire e, ove si manifesti la proprietà di un immobile, anche dell’imposta comunale. In definitiva occorre applicare il fisco “come se” si trattasse di un ente non commerciale (o commerciale) residente, ovviamente e in dipendenza dell’effettiva attività svolta (detenzione di partecipazioni o titoli, immobili, aziende, ecc.).

Analogo comportamento dovrà essere dedicato ai rapporti transnazionali, applicandosi, ove previsto, il Trattato istitutivo delle Comunità Europee(13) e, in generale, le altre disposizioni del diritto tributario internazionale italiano.

## Note:

(11) Per una disamina del quale, si fa ulteriore rinvio a N. Cecere, Inquadramento giuridico-tributario del trust, in F. Amatucci – N. Cecere – M. D’Errico – A. De Donato – V. De Donato – U. La Porta – G. Palermo – F. Pascucci – P. Schlesinger (curr.), Il trust nell’ordinamento giuridico italiano, Notariato, Quaderni, n. 7, Milano, 2002, 170.

(12) G. Zizzo, Note minime in tema di trust e soggettività tributaria, Fisco, 2003, 4658.

(13) C. Sacchetto, Brevi note sui trusts e le convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni sul reddito, in questa Rivista, 2000, 64; C. Garbarino, La soggettività del trust nelle Convenzioni per evitare le doppie imposizioni, Dir. e pratica trib., 2000, III, 377.

### § 3. Imposizione.

Passando ad esaminare l'attività svolta dal trust e/o dai soggetti che ne sono coinvolti, si può preliminarmente osservare come non possa essere assunto analogo giudizio innanzi ai vari tipi di trust che la prassi e la legislazione di riferimento hanno prodotto. Si dovrà così distinguere tra i trust *inter vivos* e i trust *mortis causa* (o trust testamentari). Sempre semplificando, all'interno della prima categoria si potranno evidenziare i c.d. "trust commerciali", quali ad esempio gli *escrow trust* (trust di garanzia) o i trust che gestiscono direttamente aziende, per i quali si dovrà valutare la posizione soggettiva dei vari soggetti coinvolti, con evidenti implicazioni in ordine alle imposte indirette (ad esempio, Iva) e dirette. Altra categoria, cui si farà primario riferimento, sono i c.d. "trust liberali", distinguendo così da quelli che prevedono atti di disposizione e/o di attribuzione a titolo oneroso.

Parlando di trust interni, e pertanto convenzionali, si ricorda che la Convenzione de L'Aja prevede solamente trust istituiti per atto tra vivi o *mortis causa*, così escludendo numerose altre fattispecie presenti nei vari ordinamenti internazionali.

Ad ogni modo, solo l'attento esame del contenuto dell'atto di trust, al di là delle dichiarazioni di forma, potrà consentire una corretta qualificazione tributaria.

Con riferimento all'imposizione indiretta, discutendo di presupposti di imponibilità, normalmente i momenti possono essere idealmente divisi tra l'atto istitutivo, l'atto di disposizione (in una o più volte e che potrà essere anche contemporaneo al primo momento, ad esempio, nei trust testamentari), che comporta il trasferimento della proprietà, l'attività di amministrazione e gestione del patrimonio in trust operata dal trustee sulla base del contenuto dell'atto e, infine, l'atto di attribuzione del patrimonio in trust ai beneficiari, che ne trasferisce così la proprietà. Ovviamente non in tutte le fattispecie i momenti sono esattamente quelli esposti, ma nella generalità dei casi la ripartizione si può dimostrare un utile strumento di indagine.

Tali momenti "topici" portano la necessità di verificare se e in quanto si ottemperino i presupposti impositivi presenti nel nostro ordinamento.

Nella disamina dell'imposizione diretta, invece, si deve osservare come particolare caratteristica debba essere attribuita anche alle posizioni soggettive(14).

Sempre allo scopo di fornire un quadro sistematico, anche l'analisi dell'imposizione diretta seguirà i momenti "topici" prima descritti.

Si cercherà quindi nel prosieguo, con evidenti semplificazioni legate alle esigenze di sintesi e alla impossibilità di affrontare tutte le diverse fattispecie di trust, di affrontare i sopra descritti argomenti, con attenzione dapprima all'imposizione diretta e successivamente all'imposizione indiretta. Seguendo l'impostazione che chi scrive si è dato, si cercherà di dare conto sia delle diverse teorie formulate dalla dottrina, sia di alcuni interventi giurisprudenziali e prese di posizione dell'Amministrazione. A queste ultime, tuttavia, e alla luce degli scopi del presente contributo, si darà anche separata menzione dei principali e più recenti arresti dell'amministrazione e della giurisprudenza tributaria.

#### § 3.1. Imposizione diretta.

Per quanto attiene all'atto dispositivo, occorre esaminare l'attività del disponente. Qualora il disponente esercitasse attività d'impresa, si dovranno a lui applicare tutti i principi stabiliti dal Tuir(15) e con-

#### Note:

(14) Allo scopo di mantenere sistematicità espositiva, ma avvisando nel contempo come l'attento esame delle posizioni soggettive non possa essere trascurato, pare opportuno riprendere in codesta nota, pur sinteticamente, alcune osservazioni.

Per quanto attiene al trustee, occorre distinguere nell'ambito della tesi dottrinale cui si fa riferimento; per coloro che aderiscono alla tesi dominante, le posizioni soggettive del trustee sono irrilevanti, ovviamente con riferimento al patrimonio in trust. Al contrario, per chi aderisce alla tesi minoritaria. Pur rimanendo irrilevanti le posizioni soggettive del trustee, occorre evidenziare il suo ruolo verso il Fisco di "sostituto d'imposta" coerentemente con l'idonea impostazione dell'atto di trust. È utile poi osservare come l'impostazione maggioritaria possa dare adito ad opportunità fiscali, alla luce dell'ordinamento vigente; il riferimento è ad esempio al caso della cessione a titolo gratuito dell'azienda, quando i beneficiari sono i familiari del donante; in tema anche se a commento del "vecchio" Tuir, si vedano C. Pessina - L. Pittaluga, *Il trust interno nelle imposte dirette*, Fisco, 2003, 6243.

Muovendo a valutare una figura (non sempre presente) quale quella del guardiano (o *protector* o *enforcer* o *grantor*, ecc.), risottolineando l'importanza di qualificare con esattezza tale figura in base al testo dell'atto di trust e in particolare della legge di riferimento, anche allo scopo di evitare fraintendimenti nella qualifica di ciò che comunemente in italiano si definisce "protettore", è opportuno specificare che il comportamento di questi, in ragione o meno dei poteri lui attribuiti nell'atto di trust, potrebbe presentare dei profili tributari. Se da un lato la semplice residenza tributaria italiana del guardiano non è di per sé condizione sufficiente a rendere fiscalmente residente il trust, d'altro canto un guardiano non residente potrebbe, per il suo effettivo comportamento, generare i presupposti idonei a qualificare il reddito prodotto in Italia. Da ultimo, si dovrà prestare attenzione nell'esame del comportamento in sé di un soggetto che, a prescindere dall'effettività del trust, potrebbe comportare l'emersione di profili impositivi soggettivi.

(15) Ivi comprendendo il criterio di valutazione "a valore normale".

**Saggi**

seguentemente il trasferimento di beni strumentali e/o patrimoniali (ad esempio, azioni) potrà essere classificato ex art. 87 Tuir, mentre negli altri casi si dovrà trattare ex art. 86 Tuir. Ovviamente a ciò corrisponderà l'applicazione dell'Iva, quando dovuta(16). Con l'introduzione dell'Ires e dell'art. 87 del nuovo Tuir, ci si può interrogare sulla possibilità di cedere partecipazioni ad un trust e, godendo dette partecipazioni dei presupposti atti a considerarle "qualificate", produrre plusvalenze esenti in capo al disponente.

Quando quest'ultimo non esercita attività imprenditoriale, si dovrà valutare, caso per caso, l'eventuale presenza di presupposti impositivi di altre categorie reddituali, secondo i principi in vigore. Secondo l'opinione prevalente, il trasferimento dei beni da parte di un soggetto non imprenditore parrebbe fiscalmente irrilevante; in considerazione dell'assenza di corrispettivo, non si configurerebbe alcuna fattispecie impositiva, peraltro indipendentemente dalla qualifica di imprenditore o meno del ricevente trustee in ragione del principio di segregazione.

Va segnalata la posizione per la quale, in alcune fattispecie di trust commerciali, si è sostenuta la tesi per una equiparazione della disposizione al caso di cessione di beni ai creditori in ipotesi di concordato preventivo, non costituendo quindi presupposto impositivo. Particolari casi possono poi risultare vantaggiosi alla luce dei principi fiscali inseriti nel Tuir; si pensa alla cessione dell'unica azienda per atto di morte o per atto gratuito a favore di familiari.

Occorre rilevare come, nella generalità delle fattispecie, l'atto di disposizione avvenga a titolo gratuito. Il riferimento va dunque ai trust liberali.

Esaminata la fase legata all'atto di disposizione, si deve dare conto dei redditi (eventualmente) prodotti dal patrimonio in trust.

Assumendo la posizione maggioritaria per la quale il trust è il soggetto passivo, peraltro in tema di trust interni, cessando ogni necessità di discussione in merito alla residenza, si deve coerentemente sostenere che la manifestazione di capacità contributiva (art. 53 Cost.) risiede nel trust medesimo, mentre l'adempimento all'obbligazione tributaria è in capo al trustee(17). Stabilito l'assoggettamento passivo in capo al trust, quando il soggetto sarà equiparato ad ente non commerciale si dovrà qualificare il reddito prodotto secondo le categorie proprie di ciascun reddito. È stato coerentemente sostenuto che la qualificazione soggettiva del trust non è retta solo dall'art.

87 vecchio Tuir (art. 73 nuovo Tuir), Il comma, ma dal fatto che il trust soddisfa le condizioni di non appartenere ad altri soggetti passivi e con un presupposto impositivo unitario e autonomo.

A titolo esemplificativo quindi il trust ritrarrà redditi di capitale in merito agli interessi da obbligazioni o titoli. Da notare come in questo caso il trust interno si troverà in una posizione di svantaggio rispetto ad un soggetto residente in un Paese "white list", che potrà eventualmente porre in essere pratiche di ottimizzazione fiscale(18).

Il trustee, agendo in adempimento all'obbligazione tributaria del trust, dovrà dunque attribuire un codice fiscale per ogni trust e, ricorrendone i presupposti, chiedere l'attribuzione di un numero di partita IVA. La dottrina, sul punto, ha evidenziato diverse soluzioni per la contabilizzazione e il bilancio del trust(19).

Particolare attenzione dovrà comunque essere dedicata alla cessione di beni in trust, sia come conseguenza delle indicazioni dell'atto, sia quale conseguenza delle valutazioni di opportunità gestionale autonomamente assunte dal trustee. In questo caso ci si interroga se si verifichino profili impositivi in capo al trust. Anche in tal caso si registrano varie posizioni, anche se sembra prevalere l'orientamento in base al quale occorra fare riferimento ai principi ordinari contenuti nel Tuir e conseguentemente alla fattispecie esatta, non solo del tipo di trust, ma anche al contenuto dell'atto di trust. Lo studio della Direzione Regionale delle Entrate (di seguito, anche "DRE")

**Note:**

(16) Orientamento sostenuto anche da DRE Emilia Romagna, commentata in seguito. Il testo dello studio può leggersi sul sito Internet dell'Associazione "Il trust in Italia", all'indirizzo [www.il-trust-in-italia.it](http://www.il-trust-in-italia.it).

(17) Al riguardo occorre distinguere tra trustee professionale o meno. Nel primo caso terrà una contabilità separata per ogni trust amministrato, supportata da un Libro degli eventi. Se il trustee professionale è costituito in forma societaria (*trust company*), sarà preferibile iscrivere i beni in trust tra i conti d'ordine e non nell'attivo, proprio perché detenuti "in qualità di trustee" e sarà il legale rappresentante della *trust company* ad inserire i propri dati e firmare la dichiarazione Modello Unico apponendo, accanto alla firma, la dicitura "in qualità di trustee del trust X". Ad ogni trust sarà attribuito un codice fiscale ed eventualmente una partita Iva. A favore di quanto precedentemente sostenuto, vedasi anche la posizione della DRE Emilia Romagna in tema di adempimenti [supra, nota 16].

(18) F. Gallo, Trust, interposizione ed elusione fiscale, Rass. trib., 1996, 1043, a p. 1045.

(19) L. Mancinelli – M. Bastianelli, Impresa disponente e trustee professionale: problematiche tributarie e di bilancio dei beni in trust, in questa Rivista, 2002, 563 (I parte); ivi, 2003, 51 (II parte); S. Marchese, Il bilancio del trustee: aspetti contabili, in questa Rivista, 197.

Emilia Romagna, del quale si darà menzione in seguito, arriva a sostenere che in caso di cessione di beni non effettuate nell'esercizio dell'impresa, si potrà fare riferimento all'art. 66 Tuir ovvero a fattispecie non rilevanti fiscalmente, perché altrimenti non inquadrabili (viene fatta esplicita esemplificazione del caso della vendita di un quadro).

Per quanto attiene al trasferimento (o attribuzione) ai beneficiari, occorre distinguere tra le attribuzioni di redditi durante la vita del trust e le attribuzioni del patrimonio finale.

Su entrambi i temi il dibattito dottrinale è aperto; una tesi evidenzia la necessità di ricondurre i presupposti alle categorie reddituali stabilite dal Tuir (ex art. 6) e conseguentemente una rendita vitalizia (o comunque una rendita periodica) sarà da ricondurre ai redditi assimilati a quelli di lavoro dipendente e come tale considerata imponibile. L'attribuzione di una somma, non correlata a rendita, potrebbe così essere fiscalmente non imponibile. Del resto il tema va considerato anche alla luce dell'effettiva transazione, ben potendo trattarsi dell'attribuzione di una somma derivante da una dismissione operata dal trustee di una parte del patrimonio in trust; patrimonio dunque del quale occorre verificarne il percorso reddituale alla luce dei principi generali; in ipotesi, considerando imponibile in capo al beneficiario tale somma attribuita, si potrebbero aprire problematiche di doppia imposizione (art. 163 Tuir). Si può anticipare in questa sede la peculiare tesi sostenuta dalla Direzione Regionale Entrate Emilia Romagna per la quale, nel caso di attribuzioni che non derivano da smobilizzi patrimoniali, "il presupposto impositivo si realizza esclusivamente in capo al trust, non potendo ritenersi che l'esisten-

za di un obbligo in capo al trustee di trasferire al beneficiario determinate somme possa modificare la soggettività passiva del trust ed i relativi obblighi fiscali".

Infine, oggetto di indagine può essere il caso nel quale i beneficiari cedano i loro diritti. Secondo l'orientamento prevalente, tale fatto parrebbe equiparato alla cessione del credito e determinerà profili di imposizione diretta in dipendenza della soggettività reddituale del beneficiario. Si nota ovviamente come tali eventualità si possano riscontrare in particolari trust commerciali, ma anche in alcuni casi di trust non liberali. Sul tema, tuttavia, occorre verificare ed esaminare il caso specifico, ben potendo esistere fattispecie di trust in cui l'aspettativa del beneficiario è da classificare quale cosa diversa rispetto ad un diritto di credito. Particolare attenzione va posta ai c.d. *accumulation trust* o ai c.d. "trust di scopo", rispetto ai quali non sembra ipotizzabile una diversa imputazione del reddito se non al trust, in quanto i beneficiari, ancorché individuati o individuabili, non hanno diritto all'immediata percezione del reddito(20).

Lo stesso dicasi per i c.d. "trust discrezionali", ove i beneficiari non sono individuati; in tale fattispecie il beneficiario potrebbe anche non essere al corrente della sua posizione soggettiva, che quindi risulterà costituita all'atto della percezione del patrimonio in trust, ma solamente quando questa rivesta i presupposti per essere qualificata reddito ai sensi del nostro ordinamento.

.....  
Nota:

(20) G. Zizzo, Note minime [*supra*, nota 12], a p. 4659.

# Nuove norme in materia di condominio e applicazione del trust

di Annapaola Tonelli

È attualmente sottoposto all'esame del Parlamento il testo del disegno di legge di modifica degli articoli del codice civile in materia di condominio.

Per meglio dire il testo suddetto rappresenta l'unificazione dei precedenti testi di cui ai disegni di legge n. 2587, 1708, 1659 e 622(1), cui si unisce il testo del disegno di legge di Riforma del Condominio approvato in sede referente il 20 maggio 2004 dalla Commissione Giustizia del Senato(2).

Sottende a tale riforma l'esigenza sempre più diffusa di dare un diverso assetto alle norme civilistiche in tema, non più in grado da tempo di disciplinare le diverse realtà condominiali venute a crearsi nel nostro paese dagli anni '60 in poi.

Prova ne sia l'elevato contenzioso in materia, che intasa i tribunali ed è caratterizzato da forte litigiosità, spesso per questioni minime.

Benché questa non sia la sede per effettuare una completa esegesi del testo del disegno di legge, è noto come sia uno dei problemi più dibattuti quello relativo alla capacità giuridica del condominio(3). Non è infatti possibile pensare oggi, come fu invece logica riflessione del legislatore del 1942, e ancor prima del R.D.L. n. 56 del 15 gennaio 1934, che il condominio sia solo una comunione incidentale.

Se infatti è pacifico che civilisticamente l'istituto rappresenta una forzosa comunione (comunione incidentale) del diritto di proprietà su beni immobili(4) (le cui quote dei singoli condomini sono rappresentate dalla proiezione in millesimi della superficie di immobile che, all'interno dello specifico stabile, detengono in proprietà esclusiva), dall'altra parte le realtà periferiche cittadine, i grandi complessi condominiali e l'urbanizzazione continua delle aree, per penuria di alloggi, impongono una rivisitazione in chiave moderna dell'istituto e della sua conseguente qualificazione giuridica(5).

Ciò nonostante, e pur nulla togliendo al merito dell'iniziativa, alla lettura del testo della Riforma, un commento spontaneo si rivolge all'ostinazione del legislatore nel ricercare arcaiche soluzioni intricate che molto spesso, e certo in questo ambito, producono il solo

effetto di complicare maggiormente le relazioni, inevitabilmente inasprando ulteriormente i rapporti(6).

Per capire ciò occorre precisare che, fra le tante, una delle ragioni che hanno spinto fortemente a richiedere la capacità giuridica del condominio(7) è

## Note:

Annapaola Tonelli è avvocato in Bologna.

(1) I testi dei disegni di legge possono leggersi in *Rass. locazioni*, 2004, 7.

(2) Il testo del disegno di legge può leggersi in *Immobili e proprietà*, 2004, 5, 290.

(3) In tema, v. M. Costantino, *Il condominio fra proprietà, gestione e responsabilità*, *Rass. locazioni*, 2004, 207.

(4) La definizione è di G. Groppi, *Condominio persona giuridica, per una migliore convivenza condominiale*, *Arch. locazioni*, 2004, 2, 127.

(5) Si pensi alle nuove realtà dei super-condomini, dove è dibattuto se debbano intervenire in assemblea tutti i condomini o diversamente gli amministratori rappresentanti i singoli stabili che formano la struttura, ai condomini orizzontali, con le diverse problematiche sulle parti comuni, ai comprensori consortili per la gestione di aree pertinenziali di uso comune fra i proprietari dei complessi condominiali, con le diverse problematiche rappresentate dall'essere aree residenziali o turistiche, e, in questo caso, disabitate in certi periodi dell'anno, infine alle multiproprietà sparse ormai su tutto il territorio nazionale; per una compiuta analisi sulle diverse fattispecie citate si rinvia a G. Terzago, *Il condominio*, Milano, 2000.

(6) V. Cuffaro, *L'amministratore, dal "rappresentare e gestire" al "sorvegliare e punire"*, *Arch. locazioni*, 2004, 6, 285, a commento del testo del disegno di legge, scrive: "Più in generale l'accentuazione dei poteri dell'amministratore al di là dei limiti propri dell'esecuzione del mandato per un verso valgono a configurarlo come portatore di un interesse non più riconducibile alla collettività dei condomini, finendo in tal modo per enfatizzare questi profili di soggettività del condominio che il disegno di legge afferma di non condividere; per altro verso pongono i presupposti per una crescita esponenziale delle controversie, contraddicendo, anche a questo riguardo, l'intento dichiarato di attenuare la conflittualità. Viene fatto di osservare che il legislatore, nell'intento di rimodellare esteticamente, secondo una moda diffusa, i tratti dell'antica figura, pervenga, c'è da augurarsi inconsapevolmente, al risultato di modificarne i connotati, cosicché l'endiadi, nella quale la tradizione riassumeva i compiti propri dell'amministratore: amministrare e gestire, verrebbe ad essere sostituita dall'altra, certo meno rassicurante, di sorvegliare e punire".

(7) In sede di discussione presso la Commissione Giustizia del Senato, la Confedilizia ha proposto di introdurre per l'appunto una disposizione di legge che riconoscesse all'assemblea condominiale il potere di attribuire al condominio capacità giuridica per gli atti di amministrazione e conservazione delle parti comuni dell'edificio, nonché per il compimento di altri atti previsti dalla legge.

stata quella di assicurare un'elasticità operativa al condominio, della cui rappresentanza sarebbe istituzionalmente investito l'amministratore(8).

Simile previsione snellirebbe su molteplici fronti l'opera dell'amministratore, anche solo, per dirne una, in tema di legittimazione processuale attiva e passiva(9).

Viene però immediato ricondurre, quale conseguenza immediata e diretta dell'attribuzione di capacità giuridica al condominio, un'equivalente attribuzione anche di autonomia patrimoniale, necessaria a tutelare quanti con esso entreranno in relazione, non potendosi nemmeno supporre una responsabilità solidale *tout court* dell'amministratore, per le obbligazioni contratte nell'interesse del condominio, come vale per altri istituti.

Se da un canto tale *impasse* si vorrebbe risolta con una nuova dizione dell'art. 1123 cod. civ., per la quale i condomini, nella stessa misura in cui partecipano alle spese, rispondono verso i terzi delle obbligazioni assunte dal condominio, d'altro canto non si risolverebbero nel concreto le diverse situazioni ipotizzabili, quali il condomino moroso nel pagamento della sua quota o l'amministratore infedele o negligente nella gestione dei fondi.

Il nodo da sciogliere continua a concernere la solidarietà che grava sui condomini – tutti – rispetto ai terzi per le obbligazioni contratte dal condominio e sul punto la giurisprudenza è pressoché unanime(10).

Corollario pratico vede quindi il creditore, che abbia ottenuto condanna al pagamento in persona dell'amministratore *pro tempore*, agire esecutivamente contro uno solo dei condomini indistintamente, a prescindere dal fatto che sia questi il soggetto inadempiente o meno.

Fra le tante soluzioni prospettate dal legislatore, che vedono comunque permanere la solidarietà passiva dei singoli condomini rispetto ai terzi, con meri correttivi solo nei loro rapporti interni(11), rileva quella all'art. 8, VI e VII comma, del disegno di legge in esame.

Tale norma prevede l'obbligo di istituzione di un conto corrente separato ove depositare le somme rimesse dai condomini per l'amministrazione dello stabile, con contestuale intestazione di detto conto, congiuntamente, ad un condomino e all'amministratore, al fine di controllare ogni prelievo(12).

L'articolo prosegue affermando che tali somme, depositate in conto separato ed istituito *ad hoc*, sono esenti dalla revocatoria ordinaria (art. 2901 cod.

civ.) e fallimentare (artt. 64 e 67 R. D. 16 marzo 1942, n. 267) e i creditori del condominio sono privilegiati rispetto ai creditori personali dell'amministratore o del singolo condomino.

Le difficoltà operative sono manifeste; si pensi ad esempio agli amministratori di complessi condominiali i cui proprietari vivono parte dell'anno in altra città o, ancora, all'amministratore che nel periodo estivo si trovi di fronte ad un problema improvviso (ad esempio, la perdita d'acqua da una tubazione) e non possa affrontare la spesa necessaria con i fondi a disposizione del condominio, perché il condomino a firma congiunta si trova in vacanza altrove.

Altro punto concerne la garanzia fideiussoria richiesta all'amministratore condominiale a copertura delle responsabilità derivanti dall'espletamento dell'incarico, destinata ad aumentare in proporzione all'entità del condominio gestito.

Posto poi che l'amministratore professionale spesso amministra vari complessi, si pensi inevitabilmente al-

Note:

(8) Sul punto, v. A. Cirila, Riforme del condominio, ultime novità, Immobili e proprietà, 2004, 5, 251.

(9) Sulle spinose problematiche che derivano dalla dibattuta questione sulla capacità processuale dell'amministratore e dei singoli condomini sono significative ed emblematiche due recentissime sentenze: Cass., 25 marzo 2004, n. 5973, Guida al diritto, 2004, n. 17, 62 e Cass., 30 gennaio – 19 maggio 2004, n. 9463, Guida al diritto, 2004, n. 23, 40 (nota M. Pirelli).

(10) Si veda, *ex plurimis*, Cass., 5 novembre 2001, n. 13631, Foro it., 2001, I, 3501.

(11) Per una disamina delle soluzioni prospettate si rinvia a A. Cirila, Riforme del condominio [*supra*, nota 8]. È significativo però segnalare una soluzione fra le tante, perché di ausilio nel comprendere quale sia il risultato concreto dell'indubbio enorme sforzo che il legislatore mostra di aver impiegato per cercare una soluzione a questi problemi quotidiani: l'affissione nei locali condominiali di uso comune del nome del condomino moroso, il che, ovviamente, nell'encomiabile intento di ridurre il contenzioso e pacificare gli animi per il tramite dell'approvazione della riforma(!).

(12) L'art. 8, VI e VII comma, del testo del disegno di legge di riforma del condominio, nel testo approvato in sede referente dalla Commissione Giustizia del Senato, recita: "L'art. 1129 è sostituito dal seguente: [...] L'amministratore è obbligato a collocare le somme ricevute a qualunque titolo dai condomini in specifico conto separato, con modalità idonee a consentirne l'accesso separato a fini informativi da parte di ciascun condomino. Per gli edifici di oltre nove unità immobiliari, l'assemblea che delibera l'approvazione del bilancio preventivo dispone altresì le modalità ed i limiti con i quali l'amministratore può prelevare somme dal conto condominiale, eventualmente indicando quello dei condomini cui è attribuito il potere di firma congiunta con l'amministratore. Analogamente l'assemblea provvede nel caso in cui siano da essa stabilite spese straordinarie. Le somme versate non sono soggette a revocatoria fallimentare e a revocatoria ordinaria. I creditori del condominio sono preferiti ai creditori particolari dell'amministratore ed ai creditori di ciascun condomino".

**Saggi**

l'incidenza di tali costi sui guadagni dell'amministratore e, di converso, sulle sue parcelle professionali.

Discorso a parte sulle parti comuni di cui all'art. 1117 cod. civ., per amministrare e gestire le quali il condominio, come suddetto, potrebbe acquisire capacità giuridica(13).

In relazione a dette parti comuni, è interessante la riconosciuta possibilità di vendere quello specifico bene comune, che non interessa più al condominio(14).

Per meglio dire, interessano i possibili effetti che produrrebbe la vendita di una parte comune, da parte del condominio, a terzi.

Rileva in proposito la sentenza della Corte di Cassazione del 30 gennaio – 19 maggio 2004, n. 9463(15) che, *a contrariis*, ma senza nulla spostare del nostro ragionamento, riguarda l'ipotesi di acquisto di un bene da destinarsi a parte comune da parte del condominio: "In tema di condominio non rientrano nella competenza assembleare le spese fiscali riguardanti parti comuni dell'edificio, quando si tratta di spese afferenti all'acquisto del diritto sui beni comuni e non alla gestione degli stessi. Come gli atti di trasferimento intercorrono fra i terzi e i singoli condomini, del pari i rapporti tributari si instaurano fra l'amministrazione finanziaria e i singoli condomini. L'assemblea non può quindi deliberare e ripartire fra i singoli condomini i tributi dovuti dai singoli per l'acquisto di beni destinati al servizio comune, anche se detti beni appartengono in comune a tutti i condomini".

In altri termini, come autorevolmente precisato nel commento a tale decisione(16), i meccanismi previsti dal codice civile per la validità delle delibere assembleari in tema di ripartizione delle spese per la gestione delle parti comuni valgono per quelle previste, ordinarie o straordinarie che siano, ma non per spese diverse, per le quali è necessario, da parte dell'unanimità dei condomini, un atto espressione di autonomia negoziale.

E veniamo ora finalmente al trust.

Si ritiene sia lecito pensare, in ragione di quanto suddetto soprattutto con riferimento all'art. 8 del disegno di legge, che il legislatore abbia pensato evidentemente ad un trust, pur non avendo il coraggio nemmeno di pronunciare la parola(17).

Di poca importanza sarebbe tale timore del legislatore se questi non avesse escogitato, quale sistema per risolvere il problema dell'amministratore che effettua indebiti prelievi dal fondo condominiale, o addirittura che "scappa con la cassa", di costringerlo

ad andare in banca in compagnia di un condomino ogni volta in cui si renda necessario un prelievo(18).

L'autonomia patrimoniale che vorrebbe darsi in questo modo, imprimendo a tale autonomia opportuni effetti segregativi, con una deroga *ex lege* all'art. 2740 cod. civ., risulta un'arma assolutamente spuntata.

Se il punto di partenza pare essere, come si ritiene sia, quello di consentire all'amministratore di ave-

**Note:**

(13) L'incongruenza del disegno di legge in esame anche in tema di parti comuni è manifesta. Scrive infatti A. Cirila, Riforme del condominio [*supra*, nota 8], a p. 252, che il tentativo sarebbe quello di determinare la quota di partecipazione in base alla quota millesimale di parte comune posseduta dal singolo condomino, tenuto conto dell'uso effettivo che ne viene fatto, con obbligo di riportare tale valore in apposita tabella e nel regolamento. Orbene ancorare il valore all'uso effettivo produrrà all'evidenza effetti nefasti essendo, per definizione, l'uso di una cosa destinato a cambiare nel tempo. Si pensi ad un condomino, ad esempio, che non usi mai l'ascensore perché abita al primo piano ma che improvvisamente, a seguito di un sinistro, cominci invece per un periodo limitato ad usarlo. Il dettato della norma imporrebbe, in simili casi, una rivisitazione della specifica tabella nel periodo di uso, seguita poi da un'ulteriore rivisitazione, al cessare dello stesso. In altri termini l'amministratore sarebbe costretto a verificare periodicamente l'uso effettivo che ogni componente il nucleo familiare fa del singolo bene comune, per costantemente aggiornare la tabella stessa, e posto che ciò non sarà materialmente possibile per l'amministratore, lo stesso dovrà necessariamente rifarsi a quanto i condomini gli riferiranno, con ogni conseguenza evidente.

(14) M. Costantino, Il condominio [*supra*, nota 3], a p. 207.

(15) La vicenda, necessaria a comprendere la sentenza in esame (v., *supra*, nota 9), è semplice. Il condominio aveva acquistato un bene da destinare a parte comune. Successivamente veniva notificato ai singoli condomini un avviso di liquidazione di imposta con il quale venivano negati i benefici fiscali ed accertato un maggior valore del bene acquistato. Un condomino, isolatamente, proponeva ricorso avanti la Commissione tributaria mentre il condominio deliberava di fare istanza di condono, ripartendo la somma necessaria al pagamento del tributo fra i singoli condomini – tutti – in proporzione alle quote millesimali di proprietà. Venendo accolto il ricorso proposto dal condomino dissenziente rispetto all'istanza di condono presentata dal condominio, questi faceva presente agli altri che nulla doveva quindi pagare per il condono. L'assemblea, di contrario avviso, deliberava di agire contro detto condomino per il recupero della somma dovuta per la sanatoria, approvando anche un riparto di maggiori somme dovute. La Cassazione respingeva le ragioni addotte dal condominio, dando quindi ragione al singolo condomino, sostenendo per l'appunto che l'assemblea, con i meccanismi codicistici previsti per la validità delle sue deliberazioni, non aveva il potere di deliberare spese di natura diversa da quelle previste dal codice civile per le quali, invece, era necessario uno specifico e diverso accordo in proposito preso all'unanimità.

(16) V. *supra*, nota 9.

(17) Come è stato parimenti con i patrimoni separati previsti dalla recente riforma del diritto societario, che altro non sono che tipologie di trust.

(18) A. Cirila, Riforme del condominio [*supra*, nota 8], a p. 251 s., in proposito afferma: "Non convince, in quanto probabile pratico ostacolo ad una corrente amministrazione, l'imporre la firma congiunta di un condomino per il prelievo di somme da parte dell'amministratore; ciò significa rallentare notevolmente la gestione condominiale e obbligare il condomino nominato per l'incarico comunque a mettersi a disposizione dell'amministratore".

re minore autonomia possibile sul fondo condominiale, allora il controllo auspicato deve esercitarsi in modo completamente diverso da quanto ipotizzato dal legislatore, il che a vantaggio dei condomini, dei terzi e soprattutto dell'amministratore che vedrebbe in tal modo sensibilmente ridursi le garanzie fideiussorie necessarie per poter lavorare.

Una prima ipotesi è senz'altro quella di istituire un trust in cui sia nominato un trustee terzo, e vedremo poi chi, cui trasferire in proprietà le somme necessarie per la gestione condominiale.

Dall'assemblea quindi, che delibera gli importi, vi è passaggio diretto delle somme nelle mani del trustee con soluzione di continuità.

L'amministratore quindi, quando dovrà effettuare pagamenti, non farà altro che girare le corrispondenti fatture al trustee, che provvederà direttamente.

Già in questa embrionale struttura di trust ipotizzata, con ogni evidenza i beneficiari saranno i singoli condomini, con i conseguenti diritti di rendiconto sia verso l'amministratore (diritto il cui titolo discende dall'essere appunto i condomini mandanti), sia verso il trustee (in questo caso in qualità di beneficiari del trust istituito), che dovrà dimostrare l'impiego delle somme.

Non di poco rilievo, soprattutto per i condomini che hanno alte spese di gestione, per non parlare poi dei grandi complessi turistici in forma consortile (ad esempio, il Consorzio di Porto Cervo, di Punta Ala) o per i comprensori periferici residenziali di grandi città (ad esempio, ancora, Milano 2) i benefici derivanti dalla gestione separata del fondo in termini di redditività, senza timore di speculazioni di sorta.

Guardiano, o guardiani, dell'operato del trustee parimenti saranno uno o più condomini, con il potere immediato (e senza i complicati meccanismi assembleari per la revoca dell'amministratore) di revocare il trustee che non andasse bene.

La semplificazione che ne deriva è eclatante e si noti che qualora ciò producesse un risparmio sensibile di spesa da parte dell'amministratore, non più tenuto, quanto meno a detto titolo, al rilascio di garanzie personali di sorta, il costo del trustee potrebbe essere anche sostenuto dallo stesso, fino ad ipotizzare (perché no?) convenzioni *ad hoc* fra organi associativi rappresentativi della categoria e *trust company*.

Ciò consente ora di valutare chi possa essere trustee.

Nell'ottica prospettata, la migliore soluzione sarà optare per un soggetto professionale che svolge attività di trustee e quindi, ad esempio, una *trust company* cittadina, di emanazione bancaria o di consoli-

data esperienza perché esercente l'attività fiduciaria istituzionalmente autorizzata.

Non si deve escludere però l'ipotesi che trustee sia lo stesso amministratore, in tal modo eliminando il problema della firma congiunta, e rimanendo in essere la sua responsabilità, ex art. 2740 cod. civ., con garanzia rappresentata dal suo personale patrimonio.

Al limite poi, piuttosto che il conto a firma congiunta, meglio sarebbero due trustee congiunti, e cioè l'amministratore e il condomino.

Parimenti non si può escludere che possano essere trustee uno o più condomini individualmente, anche se si ritiene più strategico, anche al fine di evitare proprio il sorgere di contenzioso, la nomina di un trustee diverso dal singolo condomino che, fisiologicamente, è invece la figura più adatta ad essere guardiano del trust.

Ne deriva che, essendo il trust una delle massime espressioni possibili di autonomia negoziale, i condomini potranno prevedere disparate ipotesi.

Riallacciandoci quindi, alla recente sentenza segnalata, gli incidenti di percorso occorsi ai condomini del caso di specie non si sarebbero verificati.

Nell'atto istitutivo, infatti, i condomini potranno prevedere come procedere, laddove venisse acquistata o venduta una parte comune, stabilendo come ripartire gli introiti, o oneri fiscali, con conseguente potere del trustee di agire, anche esecutivamente, contro quel singolo condomino che non corrispondesse quanto previsto a suo carico.

Sarebbero scongiurate, quindi, situazioni quale quella in esame, evitando la duplicità di azioni diverse, contro il medesimo titolo, che in assenza di accordo fra le parti si verificano spesso in ambito condominiale(19).

Occorre ora verificare se al trustee possa essere dato anche il potere di agire esecutivamente *tout court* contro il condomino moroso(20).

.....  
**Note:**

(19) Gli atti istitutivi di trust spesso prevedono clausole che impongono al trustee di agire contro l'amministrazione finanziaria che chieda il pagamento di imposte ragionevolmente contestabili. Nel caso in esame, quindi, una sola sarebbe stata l'azione da intraprendersi, la cui scelta verosimilmente, sarebbe stata rimessa al trustee che può, sempre da atto istitutivo, rivolgersi ad un professionista abilitato, nella specie quindi un tributarista, per decidere come meglio procedere nell'interesse dei beneficiari.

(20) Il testo del disegno di legge in esame prevede un obbligo per l'amministratore di attivarsi tempestivamente contro il condomino moroso nel pagamento delle spese, con ripercussioni nella sua sfera personale laddove non provvedesse; ne consegue anche sotto questo profilo un onere sempre più gravoso per l'amministratore, che verrebbe ad esercitare anche funzioni quasi di "polizia" (v., in proposito, *supra*, nota 6 e nota 11).

**Saggi**

Trasferire questo potere al trustee significa prima di tutto redigere un atto istitutivo che faccia sorgere il diritto di credito verso i singoli condomini, con titolo esecutivo rappresentato dal verbale assembleare di approvazione delle spese condominiali.

Ciò comporta, in primo luogo, che, nascendo il trust da un atto espressione di autonomia negoziale, i singoli condomini potranno determinare liberamente i loro rapporti interni e quindi prevedere che il trustee possa agire oltre, o prima, del termine di 3 mesi previsto dal disegno di legge in esame.

In secondo luogo l'onere sarebbe del trustee, non dell'amministratore, e questo potrebbe salvaguardare, se non altro dal punto di vista psicologico e quindi di convivenza, i rapporti fra il condomino moroso e l'amministratore.

In terzo luogo il condomino, che ha partecipato alla redazione dell'atto in prima persona, è fin da subito edotto dell'ineluttabilità dell'azione, non più rimessa alla discrezionalità dell'amministratore, spesso mediata dai rapporti personali con i singoli.

Da ultimo, un passaggio rinvenuto in un articolo della dottrina richiamata in nota(21) offre spunto per una riflessione.

Scrivendo questo autore che ulteriore obiettivo della proposta di attribuire al condominio capacità giuridica sia rappresentato dalla possibilità di accendere mutui bancari per finanziare interventi migliorativi delle parti comuni.

Opportunamente l'autore mostra perplessità sulle concrete possibilità di attuare tale scopo, posto che non vi sarebbero concreti beni da dare a garanzia all'ente mutuante, non essendo il condominio proprietario delle parti comuni. Osserva infatti giustamente l'autore che, anche laddove così fosse, sarebbe comunque difficile determinare il valore commerciale da attribuire ad una parte comune rappresentata da vano scala o pianerottoli.

Il ragionamento è condivisibile ma deve porsi sotto diversa luce quando la parte comune sia, ad esempio, la piscina condominiale, suscettibile di autonoma destinazione d'uso e di diventare quindi un bene della vita oggetto di sfruttamento e godimento individuale.

In simili ipotesi, trasferire in proprietà al trustee la parte comune sarebbe di grande semplificazione ed il mutuo potrebbe venire facilmente erogato a fronte di tale garanzia.

Il ragionamento diventa ancora più evidente laddove invece la piscina non vi sia, e i condomini in-

tendano ricorrere al prestito bancario per finanziarne la realizzazione.

Ricorre in tale ipotesi la figura del mutuo di scopo, per il quale la più autorevole dottrina ha segnalato come l'impiego di un trust, al fine di segregare le somme necessarie al finanziamento dell'opera, possa al meglio consentire il soddisfacimento di tutti i contrapposti interessi in gioco(22).

Queste brevi riflessioni, anche su una riforma che manifesta tutta la sua contraddittorietà(23), sono solo un accenno ai possibili impieghi del trust in materia condominiale, considerato che le molteplici sfaccettature tipiche di ogni realtà condominiale rappresentano proprio il terreno fertile per questo strumento, incensato proprio per la sua poliedrica duttilità.

Sarebbe infine un errore ritenere che l'istituzione di un trust possa svilire il ruolo e l'importanza dell'amministratore condominiale.

Al contrario la sua figura sarebbe massimamente elevata nella sua funzione istituzionale, quella di amministrare al meglio il condominio per il soddisfacimento dei singoli, e sgravata di oneri che, invece, ne appesantiscono solo la carica.

**Note:**

(21) M. Costantino, *Il condominio* [supra, nota 3], a p. 209.

(22) In tema, v. M. Lupoi, *Trusts*, II ed., Milano, 2001, p. 679.

(23) D. Piombo, *La solidarietà nelle obbligazioni condominiali*, *Immobili e proprietà*, 2004, 7, 374, conclude la sua riflessione complessiva sul testo di riforma del Condominio precisando che: "Ad un primo esame il testo del d.d.l. di riforma del condominio approvato il 20 maggio 2004 dalla Commissione di Giustizia del senato, per la parte qui presa in considerazione, ancorché ispirato all'apprezzabile intento di assicurare la giusta tutela ai differenti (ed eventualmente contrapposti) interessi in gioco, facenti capo ai terzi creditori del condominio ed ai condomini adempienti ai propri obblighi contributivi, dà luogo a non pochi interrogativi e per taluni aspetti a perplessità circa la sua attuabilità in concreto; il che, in mancanza delle opportune correzioni, non potrà non comportare un aumento del contenzioso condominiale. Luci ed ombre quindi; ma queste ultime allo stato sembrano prevalere".

# Il creditore del disponente non può pignorare i beni che questi abbia vincolato in un trust

Italia – Tribunale di Brescia

**Trust – segregazione di beni – creditore del disponente – espropriazione mobiliare presso il trustee – opposizione – impignorabilità**

Tribunale di Brescia, Sezione Terza Civile, T. Pezzotta, 12 ottobre 2004 [E. Soldini c. M. Peli]

*Ai fini dell'art. 13 della Convenzione de L'Aja non è sufficiente rilevare la presenza di un trust i cui elementi significativi siano più intensamente collegati con lo Stato italiano per disapplicare la legge straniera scelta dal disponente, dovendosi invece desumere, per il mancato riconoscimento del trust, un intento in frode alla legge, volto cioè a creare situazioni in contrasto con l'ordinamento in cui il negozio deve operare.*

*L'effetto segregativo trova legittimazione in virtù di specifiche disposizioni previste nella Convenzione de L'Aja ed introdotto nell'ordinamento italiano con la legge di esecuzione.*

*Pertanto, il creditore del disponente non può validamente esperire l'azione di espropriazione mobiliare presso terzi sui beni che il disponente abbia trasferito, precedentemente all'azione, al trustee di un trust da lui istituito a favore di una ONLUS.*

## Testo della Sentenza

(omissis)

## Conclusioni

**Per parte creditrice:** “che codesto Ill.mo Giudice voglia accertare che la Sig.ra Peli Marilena è debitrice della Sig.ra Punzi Maria della somma di € 190,55, oggetto della presente procedura esecutiva”.

**Per parte pignorata:** “Accertata la legittimità del trust nell'ordinamento italiano, accertato che all'atto di costituzione del trust i beni sono definitivamente passati dal patrimonio

della Sig.ra Punzi e sono entrati nel diverso patrimonio di cui la Sig.ra Peli è titolare in quanto trustee, voglia dichiarare la nullità, annullabilità, illegittimità o comunque inefficacia dell'esecuzione relativa ai beni oggetto dell'atto di trust”.

## Svolgimento del processo

Con atto di precetto notificato in data 14.2.2003 la Sig.ra Soldini Elena, intimava alla Sig.ra Maria Punzi il pagamento della somma di € 190,55, di cui a cambiale scaduta in data 6.12.2002. Il pagamento non avveniva nei termini e così la creditrice avuta conoscenza che la Sig.ra Peli Marilena deteneva somme in nome e per conto della debitrice, notificava ad entrambe atto di pignoramento presso terzi. All'udienza del 4.6.2003, fissata per raccogliere la dichiarazione della terza Peli, la stessa rendeva dichiarazione negativa, assumendo di rivestire la qualità di trustee di un trust costituito dalla debitrice Punzi, ed eccependo di non detenere alcuna somma, nemmeno a titolo fiduciario, in nome e per conto della Punzi. Nella medesima udienza proponeva opposizione di terzo ex art. 619 c.p.c., esponendo che la Punzi con il Trust Punzi intendeva beneficiare l'Associazione traumatizzati cronici O.N.L.U.S. di Brescia, nominandola quale trustee, al fine dell'amministrazione del fondo in favore della ONLUS. Le somme da lei detenute non potevano essere sottoposte a pignoramento in quanto segregate in patrimonio separato, sia dal proprio che da quello della Punzi. Pendendo presso il giudice dell'esecuzione la causa di

opposizione ex art. 619 c.p.c., il presente giudizio di accertamento dell'obbligo ex art. 548 c.p.c. proseguiva separatamente.

Chiamato all'udienza di precisazione delle conclusioni del 15.7.2004, senza richieste istruttorie, attesa la natura documentale ed in diritto della controversia.

## Motivi della decisione

La dichiarazione negativa resa da Peli Marilena è fondata sull'asserita esistenza di trust costituito dalla debitrice Punzi con atto in data 21.8.2002, che impedirebbe alla creditrice di sottoporre validamente la somma del trust fund a pignoramento.

Eccepisce la pignorata che l'istituto del trust, è riconosciuto dal nostro ordinamento a seguito di ratifica della Convenzione de L'Aja del 1.7.1985 con legge 364/1989 e che i beni del disponente, trasferiti al trustee, sono segregati e quindi non appartengono né al disponente, né al trustee, in virtù dell'esplicito disposto dell'art. 11 della citata Convenzione de L'Aja. Sostiene a contrario la creditrice che l'art. 13 della suddetta Convenzione riconosce nel nostro ordinamento i trust interamente costituiti all'estero, ma non ha legittimato la costituzione di trusts c.d. “interni”, ossia costituiti in Italia da cittadini italiani ed aventi ad oggetto

## Nota:

Riproduciamo il testo della sentenza dal suo originale.  
La sentenza sarà commentata da E. Senini.

**Giurisprudenza**

beni situati nel territorio della Repubblica. Pertanto il trust costituito dalla Punzi non può essere riconosciuto.

Il nucleo centrale della decisione è quindi relativo all'interpretazione da dare all'art. 13 della Convenzione de L'Aja in relazione, nella fattispecie, ai trust c.d. interni. La maggioranza della dottrina si è schierata su posizioni favorevoli all'istituto, ritenendolo compatibile con il nostro ordinamento, nonché una prevalente giurisprudenza di merito (Trib. di Milano 27.12.1996, Trib. di Genova 24.3.1997, Corte d'Appello di Milano 6.2.1998, Trib. di Roma 8.7.1999, Trib. di Bologna 18.4.2000, Trib. di Perugia 26.6.1999). Tra le interpretazioni date all'art. 13 vi è quella, a cui questo giudice aderisce, che lo stato, quale soggetto internazionale, legittimato dalla norma, potrà intervenire o con un proprio strumento normativo o con le applicazioni concrete della disciplina da parte di giudici o autorità amministrative. Non sarà sufficiente rilevare la presenza di un trust i cui elementi significativi siano più intensamente collegati con lo Stato italiano (che non conosce l'Istituto), per disapplicare la legge scelta per la sua disciplina e per la sua costituzione evitando di riconoscerne gli effetti, dovendosi invece desumere, per il mancato riconoscimento del trust, un intento in frode alla legge, volto cioè a creare situazioni in contrasto con l'ordinamento in cui il negozio deve operare. In forza degli artt. 15, 16 e 18 (quest'ultimo in particolare: "Le disposizioni della Convenzione possono essere disattese qualora la loro applicazione sia manifestamente contraria all'ordine pubblico") della Convenzione, se i trust riconosciuti producono effetti contrastanti con norme inderogabili, cioè per l'ordinamento italiano contrastanti con norme di ordine pubblico, l'applicazione della legge straniera del trust, scelta dal disponente, dovrà cedere il passo a quella interna con le conseguenze che seguono se l'ordinamento non riconosce il trust, effetti residuali o addirittura nulli. Ai sensi dell'art. 13 Convenzione, norma ritenuta di chiusura o finale, sarà negato il riconoscimento al trust interno, regolato da legge straniera, se dovesse produrre effetti ripugnanti non già colpiti dagli artt. 15, 16 e 18 anzidetti. Lo scopo del Trust Punzi, beneficiare una ONLUS,

non può essere considerato contrario a norme di ordine pubblico secondo il nostro ordinamento. Inoltre, comunque, il trust, i cui elementi significativi lo caratterizzano come interno (beni in trust presenti nel territorio italiano, nazionalità del disponente, del beneficiario o del trustee in ordinamento diverso da quello scelto per disciplinarlo, non deve far scattare il mancato riconoscimento per l'effetto del collegamento a legge che non ne conosce la disciplina, ma dovrà essere negato solo in mancanza di qualsiasi ragionevole e legittima giustificazione del ricorso all'istituto, e soggetto a valutazioni di merito da parte del giudice, al fine di applicare comunque l'istituto sia pure in forma residuale. L'istituto del trust non è inconciliabile con il diritto positivo italiano, poiché diversamente bisognerebbe affermare che tutta la legge 364/89, di ratifica, si avrebbe per non scritta. Il trust costituito dalla debitrice Punzi, consistente nel conferimento di € 1.000,00 ed un personal computer, è stato sottoscritto con atto del 8.8.2002 dalla disponente e dal trustee e poi registrato a Brescia il 21.8.2002 al n. 5004, regolato dal diritto inglese. Concludendo, appare che il testo della Convenzione consenta la piena utilizzazione dell'istituto del trust, anche se assoggettato, per effetto della sola scelta del costituente, con piena libertà del settlor in tal senso, alla legge di uno Stato che lo disciplina e di precludere solo l'impiego abusivo ed elusivo di tale istituto, ma non esclude in assoluto l'applicazione della Convenzione negli Stati che non conoscono l'istituto (art. 15, 2° comma Convenzione: "Qualora le disposizioni del precedente paragrafo siano di ostacolo al riconoscimento del trust, il giudice cercherà di attuare gli scopi del trust in altro modo"). L'esistenza del Trust Punzi non è contestata sotto il profilo della sua costituzione, tant'è che parte pignorante, attrice nel presente giudizio, domanda che venga accertato che non può essere riconosciuto ai sensi della Convenzione del 1985 perché trust interno. Né tantomeno si deduce da controparte intento fraudolento, comunque non allegato né provato. Nel trust i beni conferiti al fondo sono segregati, non appartengono né al settlor, né al trustee e pertanto sottratti e inattuabili dai rispettivi creditori.

In ordine all'eccezione contrasto del

trust interno con il principio di cui all'art. 2740 cod. civ., il principio di ordine pubblico economico sancito dall'anzidetto articolo, le eventuali limitazioni di responsabilità ed effetti segregativi dell'unitarietà patrimoniale del debitore sono ammessi soltanto in via eccezionale e nei soli casi previsti dalla legge. L'eccezione è infondata. L'effetto segregativo trova legittimazione in virtù di specifiche disposizioni previste nella Convenzione de L'Aja ed introdotto nell'ordinamento italiano con la legge di esecuzione (364/89). Con riferimento appunto all'art. 11 della Convenzione, rappresenta l'eccezione al principio di responsabilità illimitata con tutto il patrimonio del debitore, poiché di fonte legislativa. Senza voler poi ricordare altri istituti che derogano al suddetto principio: art. 167 cod. civ. (fondo patrimoniale), art. 1881 cod. civ. (rendita vitalizia per bisogni del beneficiario), art. 1923 cod. civ. (somme dovute dall'assicuratore), art. 2117 cod. civ. (creazione di patrimoni di destinazione con fondi per previdenza e assistenza).

Per quanto sopra non si ritiene accoglibile la domanda attorea ritenendo il riconoscimento dei trust interni poiché non incompatibili con l'ordinamento italiano. Spese di causa compensate vista la particolarità della materia.

**P.Q.M.**

Il Tribunale di Brescia, ogni diversa istanza od eccezione disattesa, definitivamente pronunciando, contrariis reiectis, ritenuto il riconoscimento di trust, anche interno nell'ordinamento italiano, ai sensi della Convenzione de L'Aja del 1985; ritenuto che i beni mobili della debitrice Punzi sono passati nel trust dalla stessa costituito e di cui è trustee la Sig.ra Peli Marilena, conseguentemente dichiara l'impignorabilità dei beni conferiti dalla disponente.

Spese compensate.

# Il Giudice Tutelare autorizza la modificazione del trust in favore di un interdetto

Italia – Tribunale di Firenze

**Trust – beneficiario interdetto – necessità di modificare l'atto istitutivo – interesse del beneficiario – ricorso al Giudice Tutelare – applicazione della legge straniera – autorizzazione della modifica**

**Tribunale di Firenze, Giudice Tutelare, A. Gatta, 7 luglio 2004 [A.]**

*Il Giudice Tutelare può autorizzare il tutore del beneficiario interdetto a prestare il consenso alla modifica di clausole di un atto istitutivo di trust, avvalendosi di poteri che la legge regolatrice del trust attribuisce al giudice, quando ciò costituisce migliore e maggiore tutela degli interessi del beneficiario.*

## Testo del Ricorso e del Decreto

Tribunale di Firenze

Ufficio del Giudice Tutelare

Ricorso per autorizzazione alla modifica del contenuto di un trust avente quale beneficiario di reddito un interdetto

La Sig.ra ..., nata a ... in data ..., C.F. ..., nella sua qualità di tutore della Sig.na ..., nata a ... in data ..., dichiarata interdetta dal Tribunale di Firenze in data 28/6/1982 e residente presso il suindicato tutore in ..., via ..., rappresentata e difesa dall'Avv. Saverio Batoli, elettivamente domiciliata presso il suo studio in Firenze, via Antonio Giacomini n° 30, come da procura a margine del presente atto,

Premesso che

1) Con atto autenticato dal Notaio Francesco Steidl di Firenze in data 19/11/2001 (all. 1), le Sig.re ... e ... hanno istituito un trust denominato ..., trasferendo al trustee di esso una somma di denaro e vari immobili di loro proprietà.

2) Le clausole di detto trust rilevanti nella presente sede sono le seguenti:

a) la parte della premessa posta alla pag. 4 dell'atto, da cui risulta sia che detto

trust è stato istituito dalle Disponenti allo scopo di "adempiere ad un fondamentale dovere morale nei confronti" dell'interdetta Sig.na ... (figlia della Sig.ra ... e nipote della Sig.ra ...), sia che le Disponenti ritengono "che il trust costituisca la scelta più idonea per assicurare il benessere e le migliori condizioni di vita" di tale soggetto, "tenuto conto delle sue particolari abitudini e delle condizioni di vita di cui ha goduto fino ad oggi";

b) la clausola 4 paragrafo primo, da cui risulta che Beneficiaria del reddito del trust è appunto l'interdetta Sig.na ...;

c) la clausola 6, secondo la quale il trust avrà fine alla morte della Beneficiaria del reddito (risultando così ulteriormente confermato il fatto che la considerazione dell'interesse dell'interdetta è stata il motivo determinante dell'istituzione del trust da parte delle Disponenti);

d) la clausola 5, che individua quali Tutori del trust (cioè quali soggetti incaricati del controllo dell'attività di amministrazione del trustee: cfr. clausola 16) le Disponenti (cioè le Sig.re ... e ...), precisando altresì che costoro sono nominate irrevocabilmente;

e) la clausola 19, in base alla quale, fermo che i Tutori del trust di cui alla precedente lettera d) sono irrevocabili, ogni altro soggetto il quale, successivamente a costoro, rivesta tale ufficio sarà revocabile per giusta causa;

f) la clausola 7, da cui risulta che la legge regolatrice del trust (scelta dalle Disponenti ex art. 6 della Convenzione de L'Aja di cui subito si dirà) è la legge inglese.

3) Il trust in questione è riconosciuto nel nostro ordinamento giuridico in virtù della Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985, ratificata dalla Repubblica italiana con legge 16 ottobre 1989 n° 364 ed entrata in vigore il 1° gennaio 1992.

4) In base all'art. 8 lettera h) della Convenzione citata, è la legge regolatrice del trust (che nel nostro caso è la legge inglese) a disciplinare la modifica e la cessazione del medesimo.

5) In base alla legge inglese, da tempo si è affermato il principio secondo il quale i beneficiari di un trust che siano maggiorenni e capaci di agire possono, con consenso unanime, decidere di porre fine al trust prima della scadenza fissata dal Disponente (cfr. la sentenza del 1841 Saunders v. Vautier e fotocopia di un manuale sul diritto dei trusts; all. 2 e 3).

6) Tale principio (che già aveva natura di norma giuridica, stante il noto ruolo di fonte di diritto dei precedenti giudiziari in common law) è stato trasfuso in una legge inglese del 1958, il Variation of Trusts Act, la quale ha fissato la più ampia regola secondo la quale (cfr. ancora fotocopia di un manuale sul diritto dei trusts; all. 3):

a) i beneficiari di un trust

## Nota:

Riproduciamo il testo del decreto dal suo originale.

Il decreto è commentato da Gabriella La Torre – Alessandra Fusi, Applicazione della legge straniera per la modifica delle clausole di un trust interno in favore di interdetto, *supra*, 58.

**Giurisprudenza**

maggiores e capaci possono, con consenso unanime, non solo porre fine anticipatamente ad esso, ma anche modificarne il contenuto nel modo che essi ritengono più idoneo;

b) nel caso (rilevante nella presente sede) in cui taluno dei beneficiari del trust sia incapace di agire, l'adesione di costui all'accordo modificativo del trust dovrà essere autorizzata dal Giudice.

7) Nel caso di specie, si è manifestata la necessità e l'utilità, per la beneficiaria di reddito interdetta, di modificare la clausola 5 del trust in questione – che, come si è visto al punto 2) lettera d), individua quali Tutori irrevocabili del trust le due Disponenti – affiancando loro due ulteriori Tutori del trust nelle persone dell'Avv. ..., residente a ... in viale ... e dell'Avv. ..., con studio in ... via ...

8) La necessità e utilità per l'interdetta della designazione di cui al punto 7) discende dalle seguenti considerazioni:

a) le Disponenti, attuali Tutori del trust, pur avendo intenzione di continuare nel loro ufficio per il profondo affetto che le lega all'interdetta Beneficiaria del reddito, hanno raggiunto un'età ormai avanzata (come infatti risulta dall'atto istitutivo – all. 1 – una delle Disponenti è nata nel ... e l'altra nel ...) e sono in precarie condizioni di salute, tanto che pare opportuno affiancare loro fin da adesso dei soggetti i quali, oltre ad essere affettivamente legati all'interdetta, riscuotano la piena fiducia di costoro;

b) l'Avv. ... (cugino della Disponibile Sig.ra ...) e l'Avv. ..., entrambi affettivamente vicini all'interdetta, risultano appunto possedere tali requisiti.

9) Appare altresì opportuno modificare il contenuto della clausola 19

del trust, prevedendo che, mentre le Disponenti sono nominate Tutori del trust irrevocabilmente (come – del resto – già stabilisce la clausola 5 del trust), ogni soggetto diverso dalle Disponenti che si trovi a rivestire la qualità di Tutore del trust sarà revocabile in ogni momento e senza motivazione con il consenso di entrambe le Disponenti (o di una di costoro, ove l'altra non vi sia più o sia divenuta incapace).

10) La competenza dell'Ill.mo Sig. Giudice Tutelare ad autorizzare il legale rappresentante dell'interdetta a quanto sopra appare potersi evincere non solo dal combinato disposto dell'art. 8 lettera h) della Convenzione de L'Aja e della section 1 del Variation of Trusts Act del 1958 (cfr. punti da 4 a 6 del presente ricorso), ma anche dal combinato disposto degli artt. 424 primo comma e 314 n° 3 cod. civ., per i quali – appunto – il Giudice Tutelare è competente ad autorizzare l'accettazione di donazioni in favore di interdetti.

Poiché, infatti, nel caso di specie il trust ha natura di liberalità in favore dell'interdetta (che è Beneficiaria del reddito di tale trust), la prestazione del consenso alla modifica delle clausole del trust su indicate equivale alla stipula, assieme agli altri Beneficiari del trust, di un accordo modificativo del contenuto di detta liberalità: accordo modificativo che – appunto – dev'essere autorizzato dal Giudice Tutelare.

11) Vi sono (stanti l'età avanzata e le accennate precarie condizioni di salute delle Disponenti e Tutori del Trust) l'urgenza nel provvedere e la correlata esigenza che il provvedimento sia munito dell'immediata efficacia ex art. 741 cod. proc. civ.

Tanto premesso, la ricorrente ...

CHIEDE

che l'Ill.mo Sig. Giudice Tutelare, visti l'art. 8 lettera h) della Convenzione de L'Aja, la section 1 della legge inglese intitolata Variation of Trusts Act 1958 ed il combinato disposto degli artt. 424 primo comma e 374 n° 3 cod. civ., si compiaccia di autorizzare la ricorrente, con provvedimento immediatamente efficace ex art. 741 cod. proc. civ., a stipulare in nome e per conto dell'interdetta Sig.ra ..., assieme agli altri Beneficiari del Trust in atti, l'accordo prevedente la seguente modifica delle clausole 5 e 19 di tale trust:

“5. Individuazione del Tutore

Tutore del Trust sono: le Sig.re ... e ..., entrambe residenti in ..., via ...; l'Avv. ..., residente a ... in viale ..., l'Avv. ..., con studio in ..., via ...”.

“19. Revoca del Tutore

Le Disponenti Sig.re ... e ... sono designate Tutore del Trust irrevocabilmente.

Ogni soggetto diverso dalle Disponenti che si trovi a ricoprire l'ufficio di Tutore del trust sarà revocabile in ogni momento e senza motivazione con il consenso di entrambe le Disponenti, oppure di una di costoro ove l'altra non vi sia più o sia divenuta incapace”.

Si allegano:

- 1) atto istitutivo del trust;
- 2) sentenza inglese del 1841 Saunders v. Vautier;
- 3) fotocopia di alcune pagine di un manuale sui trusts.

Firenze, 6/7/2004

Avv. Saverio Batoli

IL GIUDICE TUTELARE

Visto, si autorizza. Efficacia immediata.

# Applicazione della legge inglese e sostituzione dei trustee

Italia – Corte d'Appello di Milano

**Divorzio – trust a favore delle figlie minorenni – ex coniugi nominati trustee – violazione dei doveri dei trustee – revoca e sostituzione – appello – respinto**

Corte d'Appello di Milano, A. M. Vanoni, Pres. Rel., L. de Ruggiero, R. Bichi, 20 luglio 2004 [LR c. IF]

*Il giudice italiano può, in applicazione dell'art. 41 del Trustee Act 1925, revocare il trustee che non agisca onestamente e ragionevolmente (non curandosi della gestione dei beni in trust e non agendo in modo imparziale nei confronti dei beneficiari) e che non tenga una corretta contabilità.*

## Testo della Sentenza

(omissis)

### SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione notificato il 7.4.1999 LR conveniva avanti al tribunale di Milano la ex moglie esponendo che, a seguito di divorzio dichiarato con sentenza inglese, in data 23.9.1997 era stato costituito a favore delle figlie minori un trust ... per l'amministrazione della casa familiare sita in Londra, con nomina di entrambi gli ex coniugi, congiuntamente, a trustees, ossia amministratori del trust; i patto istitutivi erano in seguito stati modificati nel 1998, quando la IF assieme alle figlie, si era trasferita dapprima a Roma e, dal 1999, a Milano. Lamentando la violazione delle "più elementari norme di correttezza amministrativa" da parte della ex moglie – che aveva affittato un lussuoso appartamento in via del Gesù, e che si rifiutava di fornire adeguate pezze giustificative delle spese che pure addebitava al trust – l'attore chiedeva la decadenza della IF dalla carica di trustee con nomina di altro co-amministratore, ovvero, in ipotesi che la stessa in corso di causa si trasferisse "in altra dimora più acconcia alle sue condizioni" o dichiarasse "di limitare alle somme corrispondenti al valore locativo di una tal dimora la sua pretesa nei confronti del trust", riduceva la sua domanda

a una sentenza dichiarativa dell'obbligo della IF di osservare scrupolosamente i doveri di buon co-amministratore.

Si costituiva la convenuta, eccependo la carenza di giurisdizione e l'incompetenza del giudice italiano, e in ogni modo resistendo alle avverse domande in quanto infondate; in via riconvenzionale lamentava che il co-amministratore avesse rifiutato di collaborare alla gestione del trust ed avesse promosso iniziative giudiziarie, tra cui la presente causa, tese alla modifica di quanto stabilito nella sentenza di divorzio e nell'atto costitutivo del trust, contravvenendo all'impegno assunto in tale sede, e chiedeva pertanto la rimozione dell'attore dal ruolo di trustee con nomina di un sostituto.

Nel corso del giudizio, essendosi acuiti i contrasti tra gli ex coniugi, respinti due ricorsi ex art. 700 c.p.c. proposti da LR, con provvedimento 17.12.2001 il g.i. nominava l'avv. Luca Corabi del Foro di Milano ausiliario del giudice ex artt. 68 c.p.c. e 14 della legge n. 218/95.

Con sentenza n. 14115/2002 del 20.10-21.11.2002 il tribunale adito ha rimosso sia LR che la IF dall'incarico di trustee del ... nominando in loro sostituzione l'avv. Luca Corabi e l'avv. Giovanna Ghielmetti del foro milanese, ha dichiarato cessata la materia del contendere relativamente "all'ulteriore domanda formulata da parte attrice con l'atto introduttivo", rigettato le ulteriori domande delle parti e compensato integralmente le spese di difesa, ponendo quelle liquidate all'ausiliario del giudice a carico delle stesse metà per uno.

LR ha proposto appello chiedendo la revoca della propria rimozione dall'amministrazione del trust, il rimborso delle spese del doppio grado e l'addebito alla IF dell'onorario dell'altro amministratore e di quanto corrisposto ai due trustees nominati dal tribunale.

Si è costituita la IF eccependo l'inam-

missibilità dell'avversa impugnazione e comunque chiedendone il rigetto; in via incidentale ha chiesto di essere riammessa nel ruolo di trustee, con facoltà di nominare nuovo co-amministratore ovvero, in subordine, che la corte designasse quello che doveva rimanere; con rifusione di tutte le spese di difesa, e condanna di LR ex art. 96 c.p.c.

Invitate le parti a precisare le conclusioni, adempiutovi nei termini di cui in epigrafe, scaduti i termini assegnati con il deposito delle difese conclusive, la causa è stata posta in decisione all'odierna camera di consiglio.

### MOTIVI DELLA DECISIONE

1. – La sentenza qui appellata ha affermato la sussistenza della giurisdizione del giudice italiano ex artt. 3 della legge 31.5.1995 n. 218 e 2 della Convenzione di Bruxelles 27.9.1968, e l'applicabilità, alla vicenda in esame, della legge inglese ex artt. 6 e 7 della Convenzione de L'Aja del 1.7.1985; tali statuizioni non sono oggetto di censura e su di esse si è pertanto formato un giudicato. Ridotta la materia del contendere, sulla scorta delle conclusioni definitive, alla reciproca richiesta di sostituzione dell'altro co-amministratore, il giudice di primo grado ha poi ritenuto che entrambi i trustees, a motivo della "esasperata conflittualità che ancora li lega", fossero venuti meno ai doveri di lealtà e correttezza – il concetto inglese di *good faith* – nonché di imparzialità di cui sono onerati ai sensi di legge (art. 2 della Convenzione de L'Aja, art. 6 TLAT 1996): ciò in quanto gli stessi non aveva-

#### Nota:

Riproduciamo il testo della sentenza dal suo originale.  
 La sentenza di primo grado appellata può leggersi in questa Rivista, 2003, 265

**Giurisprudenza**

no provveduto all'obbligo di conservazione dell'immobile, a quello di tenere una regolare contabilità e all'obbligo di imparzialità. Sotto il primo aspetto ha rilevato che l'immobile di Londra era "da tempo privato di un'adeguata manutenzione finalizzata alla conservazione del valore dell'immobile" (omissione "imputabile ad entrambi i trustees"), e che per veto espresso della IF non era stato reso produttivo di reddito; in relazione al secondo addebito ha evidenziato l'irregolare pagamento della tassa relativa all'immobile londinese, con irrogazione di sanzioni pecuniarie, il mancato saldo delle competenze dovute ai professionisti inglesi; a LR ha poi addebitato la violazione dell'obbligo di imparzialità per essere entrato in conflitto di interessi con la ex moglie, benché la stessa, in quanto conduttrice vitalizia dell'immobile, fosse anch'essa beneficiaria del *trust*.

2. – L'appello principale di LR lamenta in sostanza una carenza di prova degli addebiti sui quali il primo giudice ha disposto la sua rimozione dall'amministrazione del *trust*. Evidenzia che le chiavi dell'immobile londinese erano da sempre solo nella disponibilità della IF, così respingendo l'addebito relativo alla mancata manutenzione dello stesso, ed invoca in proposito "la corrispondenza versata nel fascicolo"; ribalta sulla controparte l'accusa di non aver tenuto una corretta contabilità nonché la responsabilità del mancato pagamento del corrispettivo dovuto ai professionisti londinesi.

L'appellante principale si duole, poi, che il tribunale non abbia dato adeguato peso al rifiuto della IF di locare l'immobile per il biennio 2001-2002, con perdita del reddito sicuro di 90.000 sterline; il motivo di tale comportamento della ex moglie starebbe nello scopo di deprimere il valore dell'immobile, per poterlo acquistare pagando alle minori i 2/3 del valore di mercato, giusta la previsione del patto costitutivo del *trust*. I nuovi amministratori, secondo l'appellante, starebbero aderendo al programma della madre, con depauperamento dei diritti delle minori. Infine, censura l'integrale compensazione delle spese di primo grado, ribadendo la responsabilità della IF, che neppure nel corso del giudizio ha fornito le richieste pezze giustificative e che ha impedito la locazione dell'appartamento di Londra, e stigmatizzando il non leale comportamento proces-

suale, che aveva reso necessaria l'opera dell'ausiliare (con relativo aggravio delle spese). Solo in sede di comparsa conclusionale – e, quindi, tardivamente – profila un vizio di ultrapetizione.

L'appellata IF contrasta tali doglianze evidenziando che il canone di locazione dell'appartamento di Milano, via del Gesù, era inferiore a quello di Roma, che aveva trovato l'accordo di LR; che i nuovi amministratori del *trust* hanno aderito alla ipotesi di vendita dell'immobile londinese ed hanno riconosciuto alla ... "la pressoché totalità degli importi richiesti"; che l'ex marito, non avendo riproposto la domanda di rimozione per conflitto di interessi, l'aveva implicitamente rinunciata.

Con il suo appello incidentale la IF lamenta, poi, che il tribunale abbia violato il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, in quanto, a fronte di precise *causae petendi* addotte dall'attore, i comportamenti addebitati dal tribunale sono tutti successivi alla notifica dell'atto di citazione e costituiscono nuova e diversa *causa petendi*. Nega in ogni modo la fondatezza di tali addebiti, rilevando che l'atto costitutivo del *trust* – *deed of trust* – non prevedeva la possibilità di locare a terzi l'immobile e che la scrittura integrativa, con cui ciò era stato convenuto, copriva solo il periodo fino al 18.12.1998; che la mancata manutenzione e il mancato pagamento delle spese (fiscali e professionali) derivava dal rifiuto del co-amministratore di prelevare alcunché dalle casse del *trust*. Chiede, infine, la condanna della controparte ex art. 96 c.p.c.

LR ribatte evidenziando il grave depauperamento per il *trust* derivante dal mancato affitto dell'immobile londinese, e denunciando che la ex moglie l'avesse volutamente lasciato andare in degrado, per poi acquistarlo a prezzo inferiore, siccome era sua facoltà stando alle pattuizioni del *deed of trust*.

3. – Non sussiste la lamentata pronuncia *ultra petita*.

Le opposte domande dei due ex coniugi in sostanza addebitavano reciprocamente alla controparte la violazione dei doveri di buona amministrazione, di diligenza, di lealtà e di collaborazione che incombono ai trustees in quanto tali: sono in questo senso chiare le espressioni usate sia dall'atto di citazione ("violi sistematicamente... le più elementari regole di correttezza" "inadempienza ai propri doveri

di corretta amministratrice", pag. 3) che dalla comparsa di risposta ("decaduto dalla carica di trustee per *breach of trust* – 'abuso, violazione di fiducia'" "rifiuta di adempiere ai suoi obblighi di trustee, primo fra tutti di consentire che il *trust* realizzi le sue finalità", pag. 16). I singoli episodi o comportamenti riferiti negli atti introduttivi non hanno dunque autonoma rilevanza di *causa petendi* in senso tecnico, ma costituiscono nulla più che espressioni o sintomi di tali allegate violazioni ai predetti doveri; il successivo dibattito processuale si è poi arricchito di nuovi spunti fattuali, derivati anche dagli ulteriori sviluppi delle vicende umane sottostanti al *trust* (o, meglio, al cui servizio era stato costituito il *trust*). In particolare, dopo il 18.12.2000 l'appartamento di Londra è rimasto sfitto e non utilizzato, e tale fatto, che l'attore addebita alla responsabilità della IF è stato introdotto nel giudizio con le domande proposte da LR con due ricorsi ex art. 700 c.p.c., e sulle quali la IF difendendosi, ha inequivocamente accettato il contraddittorio.

4. – Nel merito, i contrastanti appelli si dimostrano infondati, e la sentenza appellata merita piena conferma.

Occorre premettere, in linea di diritto, che nessuna delle parti censura la ricognizione del diritto sostanziale inglese effettuata dal primo giudice con il supporto del nominato ausiliare, sì che la fattispecie deve ritenersi regolata dall'art. 41 del Trustee Act del 1925, che "prevede un espresso potere del giudice di rimuovere i trustees per giusta causa, su loro richiesta o su istanza dei beneficiari, qualora sia opportuno e se sia inopportuno, difficoltoso o non agevole provvedere (alla revoca) senza l'assistenza della Corte di emanare un provvedimento di nomina di un nuovo trustee in sostituzione o in aggiunta di uno o più trustees esistenti": con ciò assegnando al giudice un potere sia integrativo della volontà dei trustees che, in ultima analisi, di controllo di merito (sotto il profilo dell'opportunità) delle modalità di esercizio del loro ufficio. In base ai principi di *common law* viene prescritto ai trustees di attenersi con diligenza alle disposizioni dell'atto costitutivo, di custodire i beni in modo di conservarne l'integrità materiale, di tenere una corretta contabilità, di agire con imparzialità; in relazione agli immobili conferiti al *trust* la legge codificata (art. 6 TLAT 1996) assegna ai

*trustees* tutti i poteri del pieno proprietario, e pone a loro carico il *duty of care* nell'interesse dei beneficiari (TA 2000).

In tale quadro di riferimento, il tribunale addebita a entrambi i genitori un comportamento contrario alla dovuta *good faith* (agire onestamente e ragionevolmente) per la mancata manutenzione dell'immobile londinese, per la mancata tenuta di una corretta contabilità (ritardo o omissione di pagamento degli oneri fiscali, mancata corresponsione del corrispettivo dovuto ai professionisti inglesi che si erano occupati della vicenda); addebita alla sola IF il mancato affitto dell'appartamento e al solo LR la violazione dell'obbligo di imparzialità.

LR ribalta sulla coamministratrice ogni responsabilità per la mancata manutenzione e per gli inadempimenti contabili; di tale esclusiva responsabilità della controparte tuttavia non offre alcuna valida prova, tale non potendosi ritenere la copiosa produzione di corrispondenza e memorie (depositate in altri giudizi da lui promossi avanti al tribunale per i minorenni ovvero al tribunale di Milano, per la modifica delle condizioni di divorzio) provenienti da lui stesso o dal suo difensore. La corrispondenza proveniente da terzi, in sostanza i professionisti londinesi incaricati dell'aspetto amministrativo del *trust* (prodotta sia dall'una che dall'altra parte) dimostra solo una poco tempestiva e diligente risposta degli organi amministrativi del *trust* alle richieste di documenti ed adempimenti che provenivano da Londra, senza che se ne possa dedurre alcunché

circa la responsabilità ultima individuale di tali inadempimenti. Occorre infatti ricordare che, in quanto nominati coamministratori con obbligo di amministrazione congiunta, i due *trustees* avevano pari poteri nel corretto espletamento del mandato, e quindi la responsabilità per l'esito negativo si presume di entrambi, salva la puntuale dimostrazione (nel caso in esame, come si è detto, mancante) che un determinato comportamento sia attribuibile solo a uno dei due, in espresso contrasto con l'agita (e non solo verbalmente dichiarata) volontà dell'altro. Si osserva poi, quanto alla posizione di LR, che il suo appello non censura l'addebito di violazione dell'obbligo di imparzialità, che di per sé sarebbe sufficiente per la sua revoca; è evidente, anche dalle ultime difese, che egli pretermette del tutto la considerazione della posizione della ex moglie come co-beneficiaria del *trust*, assieme alle figlie, con ciò venendo meno allo stesso ruolo fiduciario di *trustee* alla stregua di quanto disposto nel *deed of trust*.

Specularmente, con il suo appello incidentale la IF addebita all'ostruzionismo dell'ex marito, che avrebbe rifiutato di sottoscrivere i documenti bancari necessari per sbloccare i fondi del *trust*, la responsabilità per la mancata manutenzione dell'appartamento e gli inadempimenti contabili di cui sopra. Vale, a tale proposito, il rilievo già svolto, ossia la mancanza di una prova che superi la presunzione di corresponsabilità a carico dei due *trustees*.

Rimane poi l'addebito, che la corte condivide, circa la mancata locazione del-

l'appartamento londinese per il periodo successivo al 18.12.2000, e ciò contro la volontà espressa del co-amministratore (cfr. i due ricorsi ex 700 c.p.c. proposti da LR); la IF (cfr. comparsa di risposta pagg. 14, 22, 26) allega di essersi legittimamente attenuta alle previsioni dell'atto costitutivo, che non prevedevano la possibilità di locare a terzi l'immobile, e stante la scadenza dell'accordo 18.12.1998 (che disponeva per un periodo di due anni). Tali argomenti non hanno pregio; da una parte, infatti, si rileva che il *deed of trust* non escludeva, ma anzi prevedeva (punto 4.5) la possibilità che la IF autorizzasse l'occupazione dell'immobile da parte di terzi non beneficiari, corrispondendo al *trust* un affitto; dall'altra, la strada dell'accordo integrativo era già stata praticata in data 18.12.1998, e non sussistevano motivi per ritenerla impossibile una seconda volta.

Conclusivamente, entrambi gli appelli vanno disattesi, con integrale conferma della sentenza appellata.

Sussistono giusti motivi per l'integrale compensazione delle spese del grado tra le parti.

P.Q.M.

La corte definitivamente pronunciando in contraddittorio tra le parti, ogni contraria istanza ed eccezione respinta,

respinge sia l'appello principale proposto da LR che quello incidentale proposto da IF avverso alla sentenza n. 14115/2002 del 20.10-21.11.2002 del tribunale di Milano, che conferma integralmente; dichiara integralmente compensata tra le parti le spese di difesa del grado.

# Breach of trust, danno emergente e lucro cessante: l'entità del risarcimento dovuto dal trustee

New York – Supreme Court

## Trustee – investimenti finanziari – “breach of trust” – risarcimento danni – danno emergente – lucro cessante

Supreme Court of New York, Appellate Division, Fourth Department, Pigott, JR., P.J., Pine, Wisner, Kehoe, JJ., 2 ottobre 2003 [*Scalp & Blade, Inc., and Scalp & Blade Scholarship Association v Advest, Inc., and Robert J. Franger*]

*I beneficiari di un trust hanno diritto di ottenere dal trustee che abbia violato i propri doveri fiduciari, compiendo investimenti speculativi troppo rischiosi e transazioni finanziarie non autorizzate, un risarcimento pari alla diminuzione del valore dei beni in trust, maggiorato di una cifra pari alla somma che sarebbe stato possibile guadagnare (secondo gli indici di mercato) se non vi fosse stata breach of trust.*

### Sommario

I legali rappresentanti delle attrici, una società *no-profit* ed una associazione non riconosciuta con scopi educativi e caritatevoli, convengono i trustee del trust i cui fondi vengono impiegati per finanziare le attività delle medesime poiché, dopo una serie positiva di investimenti, seguita da un'altra serie estremamente negativa (si trattava fondamentalmente di un problema di diversificazione degli investimenti, avendo i trustee compiuto un eccessivo numero di transazioni finanziarie altamente rischiose e non rientranti nel novero degli obiettivi finanziari della società e della associazione), il valore dei beni in trust risultava quasi dimezzato.

Viene pertanto chiesta la condanna dei trustee per negligenza nello svolgimento della propria attività e per violazione dei doveri fiduciari su di essi gravanti, nonché la corresponsione di una certa somma di denaro a titolo sia risarcitorio sia punitivo, comprensiva sia della perdita sia del mancato guadagno

subiti dalla società e dalla associazione, nonché delle spese legali sostenute.

Ad un risarcimento di tale entità si oppongono i convenuti adducendo che il calcolo della somma richiesta è basato sul valore che avrebbero avuto i beni in trust se fossero stati investiti in modo differente, tenendo altresì conto delle variazioni degli indici di borsa, laddove invece l'unico legittimo risarcimento consentito dal diritto di New York sarebbe quello commisurato alla perdita di valore dei beni maggiorata degli interessi.

Il giudice di primo grado, in accoglimento delle eccezioni dei trustee, non ammette l'acquisizione di prove ad accertamento del maggior danno subito dalla società e dalla associazione.

Viene dunque proposto appello: risolta positivamente la preliminare questione dell'appellabilità del provvedimento, i giudici passano ad analizzare il merito della controversia.

In primo luogo, i giudici affermano che indipendentemente da come viene configurata dall'attore la condotta del convenuto, egli ha diritto ad un risarcimento del danno commisurato all'errore o agli errori commessi dalla controparte. Pertanto, valutati i precedenti giudiziari in materia, viene accolto l'appello proposto e stabilito che, in fattispecie come la presente, quando vengono posti in discussione atti del trustee consistenti in investimenti inopportuni e in transazioni non autorizzate, i beneficiari/danneggiati hanno diritto di ottenere un risarcimento pari alla perdita di valore del capitale iniziale (danno emergente) sommata alla perdita degli utili che sarebbe stato possibile incamerare (lucro cessante) secondo gli indici di mercato.

(E. B.)

### Testo della Sentenza

Plaintiffs commenced this action against defendants, an investment advisor/securities broker and his firm, seeking damages for defendants' alleged mismanagement of plaintiffs' trust fund or account, including alleged “churning” of the fund and investment of it in a manner unsuited to plaintiffs' needs and purposes. On this appeal by plaintiffs, we address the appealability and propriety of “an order in limine precluding plaintiffs from offering proof of additional profits [that] they claim their account would have earned if it had been invested in alternative securities, the performance of which they claimed would have tracked the S&P 500 or other market indices.” We conclude that the order is appealable as of right and that plaintiffs are not precluded as a matter of law from recovering “market index” or other “lost profit” or “lost appreciation” damages.

### I

Our recitation of the facts is based on the record now before us as well as the records underlying two prior appeals to this Court (*Scalp & Blade v Advest, Inc.*, 300 A.D.2d 1068, 755 N.Y.S.2d 140; *Scalp & Blade v Advest, Inc.*, 281 A.D.2d 882, 722 N.Y.S.2d 639). Plaintiff Scalp & Blade, Inc., a not-for-profit corporation, administers a college scholarship program funded with the income and other gains from a certain trust fund (fund) held in the

### Nota:

Riproduciamo il testo della sentenza da 765 N.Y.S.2d 92.

Le note sono state omesse.

form of an investment account. Plaintiff Scalp & Blade Scholarship Association, an unincorporated educational and charitable association comprised of the directors and officers of the corporation, oversees the proper maintenance and investment of the fund. The fund is governed by a Board of Trustees (Board). Defendant Robert J. Franger is an investment advisor and registered securities broker. At all relevant times, Franger was an officer and employee of defendant Advest, Inc. (Advest), a brokerage firm, simultaneously serving not only as investment advisor/broker to the fund's Board, but also as a member of the Board and its investment committee. Around 1986, Franger became the "financial advisor and account representative" for plaintiffs and thereafter made investment decisions concerning the fund, including whether to purchase and sell securities for the fund. Franger allegedly carried out those responsibilities in the course of his employment with Advest, under the supervision of his superiors in the firm.

According to plaintiffs, during the initial years of Franger's management of the fund, its assets were appropriately invested in a diversified mix of high-grade securities. However, plaintiffs allege that, beginning in 1995 and continuing throughout the rest of Franger's tenure as plaintiffs' financial advisor and account representative (i.e., until plaintiffs terminated that relationship in May 1998), Franger failed to diversify his investments of the fund's assets and "engaged in an excessive number of transactions in speculative and risky investments that were completely unsuitable for Plaintiffs and their investment objectives." Plaintiffs allege that Franger, trading as he saw fit, made numerous and frequent short-term trades resulting in financial losses and at one juncture had about 65% of the fund invested in three high-tech, small-cap stocks. Plaintiffs further allege that defendants failed to file paperwork properly earmarking the fund as a "discretionary account," leading to a failure to subject the fund to the close scrutiny typically given to such accounts. In addition, plaintiffs allege that both the frequency of Franger's reporting to plaintiffs and the level of detail provided diminished drastically beginning in 1995,

with Franger thereafter concealing both the level of his trading activity and which particular securities he had purchased or sold. Plaintiffs allege that, as a consequence of defendants' actions, the value of the fund fell from \$205,000 to \$106,000 between January 1996 and May 1998, a period during which more suitable and prudent investment of the fund, as measured by the S&P 500 index, would have increased the fund's value to over \$400,000.

## II

The second amended complaint alleges that Franger is liable for defalcations committed by him both as the "account executive handling [plaintiffs'] account" and as a member of the Board. Advest is alleged to be liable on theories of respondeat superior and failure to supervise Franger. The second amended complaint asserts six causes of action, including breach of Franger's duties as trustee under EPTL 11-2.3 (a); breach of contract by both defendants; fraudulent misrepresentation by Franger; negligence on the part of Franger; negligence on the part of Advest; and the violation of General Business Law § 349 by both defendants. Plaintiffs seek \$330,000 in compensatory damages, punitive damages, disgorgement of defendants' gains, and counsel fees.

## III

Just before the scheduled start of trial, defendants moved in limine to preclude plaintiffs "from offering proof of additional profits they claim their account would have earned if it had been invested in alternative securities, the performance of which they claim would have tracked the S&P 500 or other market indices, on the ground that any award of damages based on such proof would be contrary to the law governing plaintiffs' claims." While conceding the existence of federal authority supporting plaintiffs' demand for lost appreciation damages, defendants argued that, under New York law, the only proper and non-speculative measure of damages is the value of the capital actually lost by plaintiffs, plus interest. For that proposition, defendants cited *Matter of Janes* (90 N.Y.2d 41, 681 N.E.2d 332, 659 N.Y.S.2d 165, rearg denied 90 N.Y.2d 885, 684 N.E.2d 277, 661 N.Y.S.2d 827).

Plaintiffs opposed the motion, asserting their right to seek recovery of market index damages and protesting any limitation of their recovery to the difference between the relevant beginning value of the fund (\$205,000 in January 1996) and its value when defendants were removed from control over it (\$106,000 in May 1998). Plaintiffs sought to distinguish *Janes* and instead cited *Matter of Rothko* (43 N.Y.2d 305, 372 N.E.2d 291, 401 N.Y.S.2d 449) in support of their request for such damages.

Supreme Court ordered that "defendants' motion for an order in limine precluding plaintiffs from offering proof of additional profits they claim their account would have earned if it had been invested in alternative securities, the performance of which they claim would have tracked the S&P 500 or other market indices, is hereby granted, and plaintiffs are precluded from offering such evidence at trial based on" *Janes*. Plaintiffs appeal from that part of an order that, upon reargument, adhered to the prior order precluding them from offering proof of market index damages.

## IV

We address first the issue of appealability. Defendants cite the oft-repeated propositions that "no appeal lies from an order adjudicating in advance of trial the admissibility of evidence" (*Vesperman v Wormser*, 283 A.D.2d 637, 638, 725 N.Y.S.2d 361; see *Rondout Elec. v Dover Union Free School Dist.*, 304 A.D.2d 808, 810, 758 N.Y.S.2d 394; *Chateau Rive Corp. v Enclave Dev. Assoc.*, 283 A.D.2d 537, 725 N.Y.S.2d 215; *Brennan v Mabey's Moving & Stor.*, 226 A.D.2d 938, 640 N.Y.S.2d 686), and that such an evidentiary ruling, "even when made [...] on motion papers constitutes, at best, an advisory opinion which is neither appealable as of right nor by permission" (*Cotgreave v Public Adm'r of Imperial County*, 91 A.D.2d 600, 601, 456 N.Y.S.2d 432; see, *Savarese v City of N. Y. Hous. Auth.*, 172 A.D.2d 506, 509, 567 N.Y.S.2d 855; *Pellegrino v New York City Tr. Auth.*, 141 A.D.2d 709, 529 N.Y.S.2d 1004)" (*Chateau Rive Corp.*, 283 A.D.2d at 537).

The notion that no appeal as of right lies from an evidentiary ruling, whether

## Giurisprudenza

made before or during trial, is certainly sound to the extent that the ruling has not been embodied in a formal order (see CPLR 5512; see also 5511, 5701). Otherwise, the proposition cannot be squared with the provisions of CPLR articles 55 and 57. CPLR 5512 (a), entitled “Appealable paper,” straightforwardly provides that “an initial appeal shall be taken from the judgment or order of the court of original instance [...]” CPLR 5701 (a) (2) (iv) and (v) authorize an appeal as of right from any order (other than the three types specified in subdivision [b]) that “involves some part of the merits” or “affects a substantial right” (see *Rondout Elec.*, 304 A.D.2d at 811; *Wall St. Assoc. v Brodsky*, 295 A.D.2d 262, 262-263, 744 N.Y.S.2d 378; *MacMillan v Kavanaugh [appeal No. 1]*, 267 A.D.2d 1014, 701 N.Y.S.2d 198, lv dismissed 94 N.Y.2d 943, 731 N.E.2d 157, 709 N.Y.S.2d 501; *Brown v State of New York*, 250 A.D.2d 314, 320-321, 681 N.Y.S.2d 170). Further, CPLR 5701 (a) (2) (viii) authorizes an appeal from an order granting a motion for leave to reargue pursuant to CPLR 2221 (d). Nothing in the foregoing provisions circumscribes the right to appeal from an order merely because it is concerned with the admissibility of evidence.

Moreover, we cannot conclude that the order in question “constitutes, at best, an advisory opinion” or merely adjudicates the admissibility of evidence at trial (*Cotgreave*, 91 A.D.2d at 601), and thus we conclude that the cases cited by defendants are inapposite. As defendants explicitly recognize, there is a distinction between an order that “limits the admissibility of evidence,” which is not appealable under the line of cases that they cite, and one that “limits the legal theories of liability to be tried” or the scope of the issues at trial, which is appealable, even according to the line of authority upon which defendants rely (*Strait v Arnot-Ogden Med. Ctr.*, 246 A.D.2d 12, 14, 675 N.Y.S.2d 457; see *Ferrara v Kearney*, 285 A.D.2d 890, 727 N.Y.S.2d 358; *Brown*, 250 A.D.2d at 320-321).

The order in this case is far from advisory. Rather, it has a concretely restrictive effect on the efforts of plaintiffs to prove their case against defendants and

recover certain damages from them, just as our reversal of the order would have “the very tangible effect of permitting the plaintiffs to seek full recovery of [their] actual damages” (*Rondout Elec.*, 304 A.D.2d at 811). In addition, the order does not merely limit the production of certain evidence as immaterial to damages, but rather effectively grants defendants partial summary judgment on the critical substantive issue of what constitutes the proper measure of damages on plaintiffs’ causes of action. Thus, defendants’ motion, although labeled one in limine, actually “was the functional equivalent of a motion for partial summary judgment dismissing the complaint insofar as it sought damages [...] in excess of the damages” that defendants believe are appropriate (*id.* at 810). That is not to say that a motion in limine is an appropriate substitute for a motion for partial summary judgment; it is not (see *id.* at 810-811; see also *Rivera v City of New York*, 306 A.D.2d 456, 762 N.Y.S.2d 258; *Marshall v 130 N. Bedford Rd. Mount Kisco Corp.*, 277 A.D.2d 432, 717 N.Y.S.2d 227, lv denied 96 N.Y.2d 714, 754 N.E.2d 201, 729 N.Y.S.2d 441; *Downtown Art Co. v Zimmerman*, 232 A.D.2d 270, 648 N.Y.S.2d 101). In any event, where, as here, “a party misuses a motion in limine as the procedural equivalent of a motion for partial summary judgment, and the court decides that motion, resulting in an order that limits the issues to be tried, that order is appealable. An order deciding such a motion clearly involves the merits of the controversy (see CPLR 5701 [a] [2] [iv]) and affects a substantial right (CPLR 5701 [a] [2] [v]) and thus is appealable (see *Marshall [...]*, 277 A.D.2d 432; see also *Campaign for Fiscal Equity v State of New York*, 271 A.D.2d 379, 707 N.Y.S.2d 94; *Qian v Dugan*, 256 A.D.2d 782, 681 N.Y.S.2d 408)” (*Rondout Elec.*, 304 A.D.2d at 811; see also *Wall St. Assoc.*, 295 A.D.2d at 262-263; *MacMillan*, 267 A.D.2d 1014; *Brown*, 250 A.D.2d at 320-321).

### V

Concerning the substantive issue, plaintiffs contend that an award of lost profit or lost appreciation damages, including those based on a market index, is proper in a case alleging the unauthorized, unsuitable trading and the churning of the investment fund by the

broker/trustee and his firm. The issue is whether plaintiffs’ loss (exclusive of interest) is properly measured merely against the value of the fund in January 1996, or also against the market’s general performance over the period in question, i.e., taking into account that Franger’s management of the fund resulted in a drastic and improbable diminution in its value over a period during which the overall market was appreciating markedly.

At the outset, we note that the second amended complaint is not limited to a cause of action for breach of fiduciary duty, but also includes causes of action for negligence, breach of contract, fraud, and the violation of General Business Law § 349. While the precise measure of damages may vary under each of those theories, there can be no doubt that, under all of them, the “object of compensatory damages” is the same, i.e., to make the plaintiff “whole” (*Campagnola v Mulholland, Minion & Roe*, 76 N.Y.2d 38, 42, 556 N.Y.S.2d 239, 555 N.E.2d 611; see *Sharapata v Town of Islip*, 56 N.Y.2d 332, 335, 452 N.Y.S.2d 347, 437 N.E.2d 1104; *Rothko*, 43 N.Y.2d at 322; see also *Love v State of New York*, 78 N.Y.2d 540, 544, 577 N.Y.S.2d 359, 583 N.E.2d 1296). In a tort case, “compensatory damages, whether general or special, serve to make good, so far as it is possible to do so in dollars and cents, the harm done by a wrongdoer” (36 NY Jur 2d, Damages § 10, citing *Sanders v Rolnick*, 188 Misc 627, 631, 67 N.Y.S.2d 652, affd 272 App Div 803, 71 N.Y.S.2d 896), whereas in a contract case they serve to “put [the plaintiff] in as good a position as he would have occupied had the contract been kept.” (11 Williston, Contracts [3d ed.], § 1395A, p. 484)” (*Menzel v List*, 24 N.Y.2d 91, 97, 298 N.Y.S.2d 979, 246 N.E.2d 742 [emphasis in original]; see generally *Kenford Co. v County of Erie*, 73 N.Y.2d 312, 319, 540 N.Y.S.2d 1, 537 N.E.2d 176). “Put another way, [compensatory damages] measure ‘fair and just compensation, commensurate with the loss or injury sustained from the wrongful act’ (13 NY Jur, Damages, § 9; see McCormick, Damages, §§ 20, 137; James, Damages in Accident Cases, 41 Cornell LQ 582)” (*Sharapata*, 56 N.Y.2d at 335).

Even if plaintiffs alleged only a breach

of fiduciary duty, the proper measure of damages would depend on the precise nature of the wrong or wrongs committed by defendants. As identified by the parties, the landmark decisions on this issue are those of the Court of Appeals in *Rothko* (43 N.Y.2d 305, 372 N.E.2d 291, 401 N.Y.S.2d 449) and *Janes* (90 N.Y.2d 41, 681 N.E.2d 332, 659 N.Y.S.2d 165), the latter of which affirmed a decision of this Court (223 A.D.2d 20, 643 N.Y.S.2d 972).

*Rothko* was a proceeding involving the estate of Mark Rothko, the impressionist painter. The principal asset of the estate consisted of 798 paintings of considerable value, and the petition sought damages for the conduct of the three executors in consigning those paintings to art dealers for resale at inadequate prices and for excessive commissions, transactions in which two of the executors had a self-interest. Such conduct was “portrayed in the record and sketched in the opinions [as] manifestly wrongful and indeed shocking” (*Rothko*, 43 N.Y.2d at 314). Following a trial, the executors were found to have violated their fiduciary duties to the estate (see id. at 315-320). The Surrogate held that the proper measure of damages against the consignees and the two self-interested executors was the value of the paintings at the time of trial (see id. at 316).

On appeal, the propriety of such lost appreciation or lost profit damages was an issue that divided the Appellate Division (see id. at 317-318, 320). However, a unanimous Court of Appeals rejected the contention that the award of such damages was legally erroneous and impermissible, contrasting the case before it from those in which the “breach of trust consisted merely in selling the property for too low a price” (id. at 320). The Court wrote: “If the trustee is guilty of a breach of trust in selling trust property for an inadequate price, he is liable for the difference between the amount he should have received and the amount which he did receive. He is not liable, however, for any subsequent rise in value of the property sold” (id. at 320-321).

The Court further wrote, however, “that where the breach consists of some

misfeasance, other than solely for selling ‘for too low a price’ or ‘for too little’, appreciation damages may be appropriate. [...] The trustee may be held liable for appreciation damages if it was his or her duty to retain the property, the theory being that the beneficiaries are entitled to be placed in the same position they would have been in had the breach not consisted of a sale of property that should have been retained. The same rule should apply where the breach of trust consists of a serious conflict of interest — which is more than merely selling for too little.

[...] “[...] Here, the executors, though authorized to sell, did not merely err in the amount they accepted but sold to one with whom [they] had a self-interest. [...] Since the paintings cannot be returned, the estate is therefore entitled to their value at the time of the decree, i.e., appreciation damages. These are [...] damages intended to make the estate whole. Of course, as to [the executors and consignees], these damages might be considered by some to be exemplary [...] in that they serve as a warning to others [...], but their true character is ascertained when viewed in the light of overriding policy considerations and in the realization that the sale and consignment were not merely sales below value but inherently wrongful transfers which should allow the owner to be made whole” (id. at 321-322).

Although noting the impossibility of appraising the current value of the unreturned works of art with absolute certainty, the Court of Appeals stated: “So long as the figure arrived at had a reasonable basis of computation and was not merely speculative, possible or imaginary, the Surrogate had the right to resort to reasonable conjectures and probable estimates and to make the best approximation possible through the exercise of good judgment and common sense in arriving at that amount [...]. This is particularly so where the conduct of wrongdoers has rendered it difficult to ascertain the damages suffered with the precision otherwise possible” (id. at 323).

In contrast to *Rothko*, *Janes* was a case in which the fiduciary merely wrongfully failed to diversify the portfolio, instead

retaining upwards of 70% of the estate’s assets in Eastman Kodak Company (Kodak) stock while the value of such shares dropped precipitously over a period of years. On account of the fiduciary’s imprudent management of the portfolio, the Surrogate awarded lost appreciation damages of over \$6 million based on the \$1.6 million value of the Kodak stock on the date by which the fiduciary, in the exercise of due care, should have sold most of the stock, multiplied by the cumulative rate of return subsequently achieved on a well-diversified stock fund otherwise managed by the fiduciary, reduced by the dividends on and ultimate proceeds of the sale of the stock (see *Janes*, 165 Misc.2d 743, 630 N.Y.S.2d 472). On appeal to our Court, we deemed that damages calculation to be “error,” stating:

“The proper measure of damages for a fiduciary’s negligent retention of assets is the value of the capital that was lost [...] [which is] calculated by determining the value of the securities at the time they should have been sold, minus their value when ultimately sold or, if they are still retained by the estate, their value at the time of the accounting or the court’s decision [...]. The court should subtract amounts received by the estate as dividends or other income attributable to the retained assets” (*Janes*, 223 A.D.2d at 34).

We noted the line of cases rejecting, as “the proper measure of damages for improper retention of securities, [...] a measure of damages based upon lost profits or appreciation” and one “based upon the hypothetical performance of an investment of the proceeds of sale in the market” (*Janes*, 223 A.D.2d at 35). We further noted that the Court of Appeals had “impliedly endorsed the reasoning of those cases” in *Rothko* (*Janes*, 223 A.D.2d at 34). However, distinguishing *Rothko*, we held:

“Here, the fiduciary imprudently retained unproductive assets, as opposed to unlawfully selling productive assets, and there is therefore no basis for awarding damages based on lost appreciation” (*Janes*, 223 A.D.2d at 36).

On appeal, the Court of Appeals upheld our rejection of the Surrogate’s measure of damages based upon a market index, stating:

## Giurisprudenza

“Where, as here, a fiduciary’s imprudence consists solely of negligent retention of assets it should have sold, the measure of damages is the value of the lost capital [...]. Thus, the Surrogate’s reliance on *Matter of Rothko* in imposing a ‘lost profit’ measure of damages is inapposite, since in that case the fiduciary’s misconduct consisted of deliberate self-dealing and faithless transfers of trust property (43 NY2d, at 321-322, supra)” (*Janes*, 90 N.Y.2d at 55).

### VI

Many federal decisions, including some that address pendent state common-law causes of action as well as causes of action arising under federal securities law, support the award of lost appreciation (or excess depreciation) damages for the mismanagement of an investment portfolio, provided that there has been a breach of trust extending beyond mere negligence and committed for the personal gain of the fiduciary. Like this case, such cases involve allegations of excessive and unsuitable trading. Foremost among those cases is *Rolf v Blyth, Eastman Dillon & Co.* (570 F.2d 38, op amended, Fed. Sec. L. Rep. (CCH) P96525, 1978 WL 4098, cert denied 439 U.S. 1039), a Second Circuit decision. The complaint in *Rolf* alleged, inter alia, the fiduciary’s abetting of a co-fiduciary’s overtrading and inappropriate investment of the plaintiff’s portfolio. With regard to the proper measure of damages, *Rolf* holds:

“First, the district court should determine as near as possible the time when [the fiduciary] began to aid and abet [the co-fiduciary’s] fraud and compute the market value of [the plaintiff’s] portfolio on that date. Second, the district court should subtract the value of the portfolio on the date when [the fiduciary’s] participation in and assistance to the fraudulent scheme ceased from the value on the date when [the fiduciary] became an aider and abettor. This amount is [the plaintiff’s] gross economic loss. [...] The district court should then reduce [the plaintiff’s] gross economic loss by the average percentage decline in value of the Dow Jones Industrials, the Standard & Poor’s Index, or any other well recognized index of value, or combination of indices, of the national securities markets during the period commencing with [the fiduciary’s]

aiding and abetting and terminating with its cessation. [...] We also hold that [the plaintiff] is entitled to a return of commissions paid to [the fiduciary] and [the fiduciary’s employer], but only as to transactions falling within the aiding and abetting period, with interest thereon as determined by the district judge” (id. at 49-50 [nn and citations omitted]).

In an accompanying footnote, the court discussed which market index might be utilized:

“If the district judge should determine that, when the aiding and abetting period began, the quality of stocks in the portfolio was such that a broad-based index would not be representative of those stocks, then he may select a more appropriate gauge, perhaps a portion of an index, perhaps a composite of indices, perhaps expert opinion” (id. at 50 n 22).

Similarly, in *Miley v Oppenheimer & Co.* (637 F.2d 318, reh denied 642 F.2d 1210), another case involving allegations of churning and unsuitable investments, the Fifth Circuit permitted the plaintiff to recover both for the commissions and interest paid as a result of the excessive trading and for the decline in the value of her account in excess of the average decline in the stock market over the period of the defendant broker’s management of the account. Rejecting the argument that there had been a double recovery, the court observed:

“There are in fact two distinct harms which may be proximately caused by the broker’s churning of an account. It is necessary to remedy both harms in order to fully compensate the victimized investor.

“First, and perhaps foremost, the investor is harmed by having had to pay the excessive commissions to the broker[,] the ‘skimmed milk’ of the churning violation. [Such harm occurs] regardless of whether the investor’s portfolio increased or decreased in value as a result of such trading. Second, the investor is harmed by the decline in the value of his portfolio[,] the ‘spilt milk’ of the churning violation[,] as a result of the broker’s having intentionally and deceptively concluded transactions, aimed at generating fees, which were unsuitable for the investor. [Such harm occurs] regardless of the amount of the

commissions paid to the broker. In sum, once a jury finds that the broker has churned an investor’s account, it may also find that the investor would have paid less commissions and that his portfolio would have had a greater value had the broker not committed the churning violation” (id. at 326 [n omitted]).

The court further observed that a victim of churning may be damaged by having to pay the brokerage commissions on both purchases and sales, by missing dividends, by incurring unnecessary capital gains or income taxes “and, most difficult to measure, [by losing] the benefits that a well-managed portfolio in long-term holdings might have brought him” (id. [n omitted]).

The *Miley* court then addressed whether damages should be measured by a market index. The court noted the “difficulty in accurately measuring the loss in portfolio value proximately caused by the excessive trading and unsuitable transactions,” as well as the impossibility of computing “the exact amount of trading losses caused by the churning of an account” (id. at 327). The court nevertheless held the plaintiff to be “entitled to recover the difference between what he would have had if the account had been handled legitimately and what he in fact had at the time the violation ended” (id. at 327). The court stated:

“In order to approximate the trading losses caused by the broker’s misconduct, it is necessary to estimate how the investor’s portfolio would have fared in the absence of [...] such misconduct. The trial judge must be afforded significant discretion to choose the indicia by which such estimation is to be made, based primarily on the types of securities comprising the portfolio. [...] However, in the absence of either a specialized portfolio or a showing by either party that a different method is more accurate, it seems that the technique discussed [...] in *Rolf* [...] and employed by [the District Court] in this case is preferable. [...] This mode of estimation utilizes the average percentage performance in the value of the Dow Jones Industrials or the Standard and Poor’s Index during the relevant period as the indicia of how a given portfolio would have performed in the

absence of the broker's misconduct" (*id.* at 328 [n omitted]).

The court upheld a charge requiring the jury to compute the damages sustained by plaintiff by ascertaining the amount of her original investment and subsequent dividends thereon, subtracting therefrom any withdrawals received by her and the ending value of her account with the broker, and further subtracting "the average percentage decline in value of the Dow Jones Industrials or the Standard and Poor's Index during the relevant period of time" (*id.* at 328).

## VII

Based on the foregoing, we hold that in a case such as this, involving claims of churning, investment unsuitability, or other acts of unauthorized trading by defendants, an appropriate measure of damages is plaintiffs' "gross economic loss, adjusted for the overall market's performance" (*Matter of Drexel Burnham Lambert Group v The DBL Liquidating*

*Trust*, 161 BR 902, 909, citing *Rolf*, 570 F.2d at 49; see *Miley*, 637 F.2d at 326-328; *Matter of Thomson McKinnon Sec.*, 191 BR 976, 987-988; see also *Kronfeld v Advest, Inc.*, 675 F. Supp. 1449, 1456; see generally *Davis v Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith*, 906 F.2d 1206, 1217-1218; *McGinn v Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith*, 736 F.2d 1254, 1257; *Brabham v A.G. Edwards & Sons*, 265 F. Supp. 2d 720, 725; *Laney v American Equity Inv. Life Ins. Co.*, 243 F. Supp. 2d 1347, 1353-1356; *Medical Assoc. of Hamburg v Advest, Inc.*, 1989 WL 75142; *Winer v Patterson*, 644 F. Supp. 898, 900-901, order vacated in part on other grounds 663 F. Supp. 723; *Lopez v Dean Witter Reynolds*, 591 F. Supp. 581, 589-590). We thus conclude that the court erred in foreclosing plaintiffs as a matter of law from recovering market index or other like lost appreciation damages (see *Rothko*, 43 N.Y.2d at 320-322). Plaintiffs are not necessarily limited to recovering the value of their lost capital, and might well recover compensatory damages calculated in part on the basis of general

market performance. Plaintiffs have alleged a necessary predicate for such recovery, namely, a breach of fiduciary duty extending beyond mere negligent retention of the portfolio's holdings and violation of a duty to sell or diversify (see *Janes*, 90 N.Y.2d at 55, citing *Rothko*, 43 N.Y.2d at 321-322). Indeed, plaintiffs have alleged deliberate and flagrant self-dealing and dishonesty on the part of defendants, namely, their unauthorized trading of the fund and speculative and otherwise unsuitable investment decisions with regard to it, transactions allegedly engaged in for defendants' own benefit. To employ the metaphor used in *Miley* (637 F.2d at 326), the "spilt milk" of defendants' alleged overtrading and inappropriate investment of the fund may include both plaintiffs' lost capital and plaintiffs' lost opportunity to realize generalized market appreciation or gain.

Accordingly, the order insofar as appealed from should be reversed and defendants' motion denied.

# Modifica dell'atto istitutivo di trust nell'interesse del beneficiario minore

Inghilterra e Galles – High Court of Justice

**Trust – spese scolastiche di beneficiario minore – impiego delle rendite del trust – insufficienza – estensione del “power of advancement” – ricorso al giudice – modifica dell'atto istitutivo**

**High Court of Justice (Chancery Division), Lloyd, J., 7 maggio 2004 [In the matter of the trusts of two insurance policies CD (a minor) v O]**

*Il giudice può disporre che venga modificato l'atto istitutivo di un trust nel senso di ampliare la portata del power of advancement del trustee fino alla concorrenza dell'intero capitale in trust se ciò costituisce migliore interesse del beneficiario, come nel caso in cui sia necessario far fronte alle spese di istruzione scolastica di una beneficiaria minore.*

## Sommario

Il ricorso che qui di seguito si riporta è stato presentato nell'interesse di CD, beneficiaria minore di un trust (nel quale erano state immesse due polizze di assicurazione) e dei proventi di questo. L'atto istitutivo, in particolare, riconosceva ai trustee un limitato *power of advancement*(1) per il caso in cui si fosse manifestata la necessità di impiegare parte dei beni in trust per le esigenze della minore.

Segnatamente, i trustee sin da subito fecero uso dei proventi del patrimonio in trust per far fronte alle spese scolastiche della minore; ma quando risultarono insufficienti, avvalendosi di detto *power of advancement*, ricorsero anche a parte dei beni segregati (tale potere, comunque, venne esercitato nel rispetto del limite, più ampio di quello originariamente previsto dall'atto istitutivo, di cui alla *sect. 32* del *Trustee Act 1925*, ovvero, la metà del capitale in trust). Ulteriormente rivelatesi insufficienti i beni individuati, viene proposto ricorso affinché il giudice riconosca ai trustee un *power of advancement* più ampio, ovvero,

sull'intero ammontare dei beni segregati.

Il giudice, valutato che sulla base delle prove adotte pare utile e nell'interesse della beneficiaria superare la soglia massima prevista dalla *sect. 32* del *Trustee Act 1925*, individua due strade percorribili. Innanzi tutto, egli potrebbe avvalersi delle prerogative in materia di trust che da sempre permeano la figura del giudice, disponendo che l'intero capitale in trust venga impiegato dai trustee per sostenere le spese scolastiche che si rendano necessarie. Oppure, facendo ricorso al *Variation of Trusts Act 1958*, autorizzare una modifica dell'atto istitutivo del trust tale per cui l'ampliamento del *power of advancement* dei trustee risulti direttamente da esso. Verificato altresì quale fosse il migliore interesse della beneficiaria minore, il giudice opta per la seconda soluzione e dispone quindi che l'atto istitutivo del trust venga modificato nel senso di attribuire il più ampio *power of advancement* ai trustee.

(E. B.)

## Testo della Sentenza

### Mr Justice Lloyd:

[1] This is an edited version of a judgment given on an application made in writing and dealt with on paper without a hearing, though with the benefit of written submissions from Mr Simon Taube QC on behalf of the claimant, and treated as having been heard in private. This version may be disclosed and published, whereas the full version is subject to embargo. This version is limited, as regards summary of the facts and discussion of the law, to the

point which may be of interest beyond the particular parties.

[2] The proceedings relate to part of the proceeds of two life insurance policies. It is sufficient for present purposes to say that the proceeds are, in the events which have happened, held on trust in equal shares for three persons all of whom are under age, one of whom is the claimant, C. Under the trusts, which were set out in deeds of assignment of the policies, the trustee had certain powers of appointment, but those powers were not exercised. Subject to and in default of any such appointment the fund was to be held on trust for the three minors equally. In practice, though the fund representing the proceeds of the policies has not yet been divided, it is treated, for reasons which do not matter, as if there were separate funds for each beneficiary. This application is concerned with C's fund.

[3] The income of C's fund has in fact been applied to meet her school bills, but it is already inadequate. Part of the capital has also been advanced, under *s32* of the *Trustee Act 1925*, to be used for the same purposes.

[4] The application is intended to secure that, if necessary, the whole capital can be applied for this purpose.

## Note:

In virtù dell'accordo di collaborazione intercorrente tra questa Rivista e *Wills & Trusts Law Reports*, riproduciamo il testo della sentenza da [2004] *WTLR* 751. Il testo del sommario è una parziale traduzione dell'*headnote* ivi pubblicata.

(1) Il *power of advancement* è il potere del trustee di anticipare o assegnare in tutto o in parte il patrimonio in trust al beneficiario che ne abbia la necessità.

[5] I have come to the conclusion that I should approve the extension of the statutory power of advancement as being for C's benefit. This point does, however, raise legal issues which may be of some wider interest and on which different views have been expressed. It is for that reason that, unusually on a paper application, I am giving reasons for my order.

[6] The trusts applying to the policies incorporate a number of provisions such as a wide investment clause, but nothing that bears on the application of the income or capital. There is an express power to revoke, vary or add administrative provisions of the trusts. The power of advancement is not an administrative power and the desired result cannot be achieved by using this power.

[7] C is absolutely entitled to her fund and, but for her being under age, she could call for it, give the trustee a good receipt for it and spend it as she chooses. Since she is only 12 years old she cannot do so. Section 31 of the Trustee Act 1925 applies to the fund and enables the income to be applied for her maintenance education or benefit even though she cannot give a receipt for it. That section applies "where any property is held by trustees in trust for any person for any interest whatsoever", which clearly includes property held on trust for a minor absolutely.

[8] Section 32 of the 1925 Act is in different terms. It authorises trustees to apply "any capital money subject to a trust" for the advancement or benefit of any person entitled to the capital of the trust property or any share thereof, including, expressly, an absolute entitlement. The provisos include, not surprisingly, one, (b), whereby, if the person for whose benefit the fund is advanced "is or becomes absolutely and indefeasibly entitled to a share in the trust property" the money so applied is treated as paid on account of his share. The references to the use of the power in relation to a beneficiary who is already absolutely entitled leave me in no doubt that the section applies to the present trusts of the proceeds of the policies.

[9] In *Re Kehr deceased* [1952] Ch 26 a minor was absolutely entitled to a share of a deceased's intestate estate, the deceased having died domiciled in Germany but

having also left property in England in relation to which an English grant of letters of administration had been issued. Danckwerts J held that the English personal representatives could appoint trustees in respect of the minor's share of the estate situated in England, and that those trustees would be able to exercise in respect of that share powers under the Trustee Act 1925 including the powers conferred by ss31 and 32. That is consistent with my conclusion, though the point at issue there was different.

[10] However, by virtue of proviso (a) to s32(1), no more than half of the presumptive or vested share or interest of the beneficiary may be paid or applied by way of advancement. That limit is commonly relaxed in modern trust deeds, but there is nothing to that effect in the documents in the present case.

[11] On the evidence I am satisfied that it would be for C's benefit for the limit imposed by s32 on the application of the capital of the fund for her education to be lifted. The question is whether and on what basis the court has power to achieve this result. There are two possible sources of jurisdiction.

[12] The Court of Chancery had an ancient jurisdiction to authorise the application of income and, in more limited circumstances, capital, for the maintenance of a minor even if this was not authorised by the terms of the trust. This jurisdiction is recognised in the speeches in *Chapman v Chapman* [1954] AC 429: see in particular Lord Morton of Henryton at pp455-6 and Lord Asquith of Bishopstone at 469. As to the application of capital, Lewin on Trusts, 17th edition, refers to a number of cases at paragraph 32-06. One of them, in which specific reference was made to the court's ability to authorise the expenditure of capital to which a minor was absolutely entitled for his or her maintenance, is *Worthington v M'Craer* (1856) 23 Beav 81. It seems to me that this would be a possible basis on which the court could proceed in the present circumstances.

[13] However, since the decision in *Chapman v Chapman*, the relevant area of law has been transformed by the Variation of Trusts Act 1958. While this Act does not take away any jurisdiction that the court already had, it seems to me that it would be more appropriate to proceed under the Act if that is possible.

[14] The 1958 Act applies "where property [...] is held on trusts arising [...] under any will settlement or other disposition". On the face of it, the proceeds of the insurance policies are held on trusts arising under a settlement, albeit that they are held for the three children in equal shares absolutely. The idea of varying a bare trust might perhaps seem a little odd, and but for the beneficiary not being of full legal capacity it is difficult to imagine how the question could arise. Given that lack of capacity, and the constraints on the extent of the statutory provisions which do authorise the trustees to act in certain ways, it does not seem to me so surprising that the Act should apply to property held on a bare trust, at least for a minor.

[15] A similar point, though in relation to a fund of a very different kind, was argued before Eveleigh J in the Queen's Bench Division, in *Allen v Distillers Company (Biochemicals) Ltd* [1974] QB 384. That concerned the funds to be received pursuant to the compromise of the thalidomide litigation, and the desire of many of the parents of children affected to ensure that the sums held for their children should not become their absolute property at the age of 18. The judge held that he did have power to achieve that, but he rejected the argument that he could do so under the 1958 Act. He was shown authority under the 1958 Act for the proposition that the Act could be used to defer the vesting of property in a beneficiary, if it would be for that person's benefit to do so. He did not dispute that, but he held that the Act did not apply to the money to be paid pursuant to the compromise. At p394 he said this:

"I do not think that the payment out to the trustees in the first instance gives rise to the kind of trust contemplated by the Act. As a common lawyer struggling with this problem I am reminded of the first sentence in the chapter on trusts contained in Snell's Principles of Equity 25th edition: "No one has yet succeeded in giving an entirely satisfactory definition of a trust." An agent may hold and deal with property of his principal in such circumstances as to constitute him a trustee for his principal but leaving aside the manner in which the trust is created, no one would contemplate the possibility of there being a trust of the kind referred to

**Giurisprudenza**

in the Act. The Act contemplates the situation where a beneficial interest is created which did not previously exist and probably one which is related to at least one other beneficial interest. Moreover the Act is designed to deal with the situation where the original disposition was intended to endure according to its terms but which in the light of changed attitudes and circumstances it is fair and reasonable to vary. In any event I do not think that the so-called variation would be a variation at all. It would be a new trust made on behalf of an absolute owner.”

[16] Eveleigh J was not considering the sort of case of absolute entitlement with which I am concerned. In the case before him there was no prior trust of any kind. Despite the potential width of the word “disposition”, it would be difficult to conclude that money paid by an alleged tortfeasor by way of compensation for injury to a minor was “property [...] held on trusts arising [...] under any will settlement or other disposition”. Accordingly I would not venture to

disagree with his conclusion that the 1958 Act did not apply to the fund that he was concerned with.

[17] His observation that the Act is concerned with a trust where there is more than one beneficial interest was not necessary to his decision. If it were right the Act could not apply to C's fund, at any rate once it is split off from the rest of the fund. In my judgment it is not correct. Whether it could be appropriate in any circumstances to exercise the power conferred by the 1958 Act in relation to a fund held for a minor absolutely so as to reduce his or her entitlement in any respect, for example as was sought in the *Allen* case by deferring the date when the person in question can call for the fund, I do not need to decide. What is proposed in the present case would have the effect, in a sense, of accelerating the benefit for C, by allowing the whole of the fund to be used for her benefit while she is still under age. In other circumstances it may be possible to use the power under s32 in such a way

that the trust property does not become vested in the beneficiary: see *Re Pilkington's Will Trusts* [1964] AC 612. On the present and foreseeable facts of this case this is no more than theoretical. It could not be for C's benefit to divert any part of the fund from her.

[18] In my judgment both the whole trust fund, and C's fund separately, are “property [...] held on trusts arising [...] under any will settlement or other disposition”.

It is therefore open to the court to exercise the powers conferred by the 1958 Act in relation to the funds, so long as it is satisfied that the proposed variation of the trusts is for the benefit of the relevant beneficiary. I am satisfied that it is for C's benefit to vary the trusts applying to her fund so that the whole fund, not merely one half, may be applied pursuant to s32 of the Trustee Act 1925. I have therefore approved on her behalf a variation of the trusts applying to C's fund so as to permit the powers under s32 to be exercised in relation to the whole, not only half, of the fund.

# Interpretazione delle clausole dell'atto istitutivo di trust e determinazione dei poteri dei trustee

Jersey – Royal Court

## Atto istitutivo di trust – ampiezza dei poteri dei trustee – clausole del trust – interpretazione congiunta

Royal Court (Samedi Division), PR. Le Cras, Commissioner, 16 marzo 2004 [In the matter of the George Richard Pinto Voluntary Settlement, Kleinwort Benson (Jersey) Trustees Ltd and Kleinwort Benson International Trustees Ltd v George Richard Pinto, Ann Catherine Marks, Simon Richard Marks, Naomi Anne Marks, Sarah Elisabeth Marks, Advocate Timothy John Le Cocq (appointed to represent the interests on infant and unascertained beneficiaries of the trust)]

*Le clausole di un trust devono essere sempre interpretate le une alla luce delle altre, e non le une indipendentemente dalle altre. Pertanto, quando da alcune clausole del trust emerge il potere dei trustee di distrarre fondi dal trust per istituire un altro, e da altre clausole risulta che tale potere è limitato a favore dei soli beneficiari e non di altre persone, deve essere escluso il potere dei trustee di istituire un trust a favore dei figli di uno dei beneficiari.*

### Sommario

Nel 1964 George Richard Pinto istituì un trust a favore proprio, della madre, della sorella e di tre nipoti: l'atto istitutivo non prevedeva la possibilità di aggiungere beneficiari ulteriori.

Inoltre, una delle clausole dell'atto istitutivo attribuiva ai trustee importanti poteri, il cui esercizio era rimesso alla loro discrezionalità. In particolare, essi potevano: prelevare somme dal trust per destinarle a vantaggio di uno o più beneficiari; istituire mediante atti revocabili o irrevocabili nuovi trust, powers e disposizioni a vantaggio di uno o più beneficiari (ma non di altre persone); trasferire ai trustee di qualsiasi altro trust, istituendo o già esistente, nel quale uno o

più beneficiari (ma non altre persone) avessero un interesse, parte dei redditi o del capitale in trust; costituire una o più società in qualunque parte del mondo a cui trasferire tutto o parte degli utili non distribuiti ai beneficiari.

In considerazione di tali poteri, i trustee oggi desiderano istituire un trust con parte dei beni segregati nell'atto del 1964 a vantaggio esclusivo dei figli di uno dei beneficiari, ritenendo essere ciò interesse dello stesso beneficiario. Prima di agire, tuttavia, essi desiderano essere certi della portata dei loro poteri e decidono quindi di chiedere una "conferma" dal giudice.

Questi, dopo aver enunciato il principio per il quale le clausole di qualsiasi documento (quindi anche di qualsiasi trust), non possono essere lette le une indipendentemente dalle altre, bensì è necessario che esse vengano lette ed interpretate congiuntamente, in modo tale da attribuire loro un univoco e complessivo significato (tale per cui sia escluso il rischio di antinomie), conclude negando che i trustee abbiano il potere di istituire un trust a vantaggio dei figli di un beneficiario. Infatti, seppur sia vero che i trustee possono impiegare somme per istituire trust a vantaggio dei beneficiari, è anche vero che è espressamente escluso dall'atto istitutivo del trust che essi lo possano fare a vantaggio di terzi. Da una lettura complessiva dell'intero atto di trust, pertanto, il giudice ritiene di poter negare la sussistenza in capo ai trustee di un potere così ampio.

(E. B.)

### Testo della Sentenza

[1] This is an application by the trustees of the George Richard Pinto

Voluntary Settlement which was established in 1964.

[2] The trust period is defined in clause 2(b) of the trust:

"2(b) "the Trust Period" shall mean the period from the date of execution of these presents until whichever shall occur the soonest of the following dates namely

(i) the First day of December Two thousand and fourteen

(ii) the date of the death of the last survivor of the following persons namely the Settlor Gladys Pinto mother of the Settlor Ann Catherine Marks sister of the Settlor Simon Richard Marks nephew of the Settlor and Naomi Anne Marks and Sarah Elizabeth Marks nieces of the Settlor and the descendants now living of His late Majesty King George the Fifth."

[3] The beneficiaries are defined in clause 2(c) which will follow. There is no power to add further beneficiaries.

'2(c) "the Beneficiaries" shall mean and include all and any of the following persons namely

the Settlor  
 the said Gladys Pinto  
 the said Ann Catherine Marks  
 the said Simon Richard Marks  
 the said Naomi Anne Marks  
 the said Sarah Elizabeth Marks'

[4] At the expiration of the trust, any funds remaining are to be divided between the heirs at law, as then defined, of the settlor. According to how long they live this may comprise the beneficiaries or

### Nota:

In virtù dell'accordo di collaborazione intercorrente tra questa Rivista e Wills & Trusts Law Reports, riproduciamo il testo della sentenza da [2004] WTLR 879. Il testo del sommario è una parziale traduzione dell'*headnote* ivi pubblicata.

## Giurisprudenza

if they are deceased, their issue, that is the 'unascertained beneficiaries' (represented by Mr Le Cocq).

[5] The trustees are minded (*vide* paragraph 6 of the representation):

"[...] in the exercise of their discretion to exercise their power under clause 6A(i) of the Trust to make an appointment ("Appointment") of part of the Trust to another trust or trusts proposed to be established, the principal beneficiaries will be [...] the children of a Beneficiary, [...] The Trustees would consider this exercise of its powers to be for the benefit of [...] a Beneficiary."

[6] The ability of the trustees to do this depends on the construction of clause 6 of the Settlement, viz:

"(A) Notwithstanding the trusts and provisions hereinbefore declared and contained the Trustees may subject as hereinafter provided at any time or time during the Trust Period if in their absolute discretion they shall so think fit

(i) raise any sums or sum out of the capital of the Trust Fund and pay or apply the same to or for the benefit of all or any one or more exclusive of the others or other of the Beneficiaries and in such respective amounts if more than one and generally in such manner as the Trustees shall in their like discretion think fit

(ii) by any deeds or deed revocable or irrevocable (but not so as to be revocable after the expiration of the Trust Period) appoint such new or other trusts powers and provisions of and concerning the Trust Fund or any part or parts thereof with such powers of appointment vested in any person or persons and such provisions for maintenance advancement and otherwise at the discretion of any person or persons and generally in such manner as the Trustees may think fit for the benefit of all or any one or more exclusive of the others or other of the Beneficiaries (but not so as to benefit any other persons) and for the purpose of giving effect to any such appointment by the same deed revoke all or any of the trusts powers and provisions herein contained with respect to the Trust Fund or the part or parts thereof to which such appointment relates so that in the event of any such appointment the Trustees shall thenceforward hold the Trust Fund or the part or parts thereof to which such appointment relates upon with and subject to the trusts powers and

provisions so appointed in priority to the trusts powers and provisions herein otherwise contained and in substitution for any of the trusts powers and provisions hereof so revoked as aforesaid

(iii) pay or transfer any income or capital of the Trust Fund to the trustees of any other trust wherever established or existing under which any one or more of the Beneficiaries (but not any other persons or person) is or are interested if the Trustees shall in their absolute discretion consider such payment or transfer to be for the benefit of such one or more of the Beneficiaries as is or are interested under the said other trust

(iv) form a company or companies in any part of the world and may at their discretion transfer to that company or companies all or part of the income of the Trust Fund which shall not be distributed to any of the Beneficiaries under the trusts declared in Clause 5(A) hereof any income to be transferred to such company on or before the expiration of the Year of Assessment and the cost and expenses of running such a company shall be a charge on the Trust Fund'.

[7] The trust proposed is, as it appears, not yet in being, so the appointment if it is not made under 6A(i) must, as it seems, be made under 6A(ii) or 6A(iii).

[8] Mr Speck for the trustees puts his argument in this way viz, that 6A(i) starts by giving wider powers than those provided for in sub-clauses (ii), (iii) and (iv), that capital may be applied, that benefit is a large word, see for example, *Pilkington and anr v Inland Revenue Commissioners* [1964] AC 612 at p634 *infra*, and that subparagraphs (ii), (iii) and (iv) give the trustees powers to do other things than advance capital. The passage in question reads as follows:

"[...] "or otherwise for his or her benefit" were often added to the word "advancement". It was always recognised that these added words were "large words" (see Jessel MR in *In re Breeds' will* [FN52] and indeed in another case (*Lowther v Bentinck* [FN53]) the same Judge spoke of preferment and advancement as being "both large words" but of "benefit" as being the "largest of all". So, too, Kay J in *In re Brittlebank* [FN54]. Recent judges have spoken in the same terms – see Farwell J in *In re Halsted's will Trusts* [FN55] and Danckwerts J in *In re Moxon's Will Trusts* [FN56]. This wide

construction of the range of the power, which evidently did not stand upon niceties of distinction provided that the proposed application could fairly be regarded as the benefit \*635 of the beneficiary who was the object of the power, must have been carried into the statutory power created by section 32, since it adopts without qualification the accustomed wording "for the advancement or benefit in such manner as they may in their absolute discretion think fit"."

[9] He put it in this way that, logically, it must follow that if the trustees can pay away capital under (i) – and it does not matter to whom – so long as it is for the benefit of a beneficiary – then they should not be prevented from doing so by (ii) or (iii) which are not redundant but are there merely to give extra powers to the trustees, which, in fact, they do.

[10] Mr Le Cocq, acting for the unascertained beneficiaries, two of whom are minors, conceded, as the court thinks he was right to do, that were it only a question of paying away capital for a benefit, as widely construed, of a beneficiary, there would be no problem.

[11] The problem however arises with sub-paragraphs (ii) and (iii) which, as drawn, appear expressly to prohibit the trustees from doing that which they now wish to do.

[12] It is trite law that the deed must be read and construed as a whole, see for example the following passages in *Ex parte Wimborne* [1983] JJ 17 at pp30, 31: "Instrument construed as whole. It is a rule of construction applicable to all written instruments that the instrument must be construed as a whole in order to ascertain the true meaning of its several clauses, and the words of each clause must be so interpreted as to bring them into harmony with the other provisions of the instrument, if that interpretation does no violence to the meaning of which they are naturally susceptible. The best construction of deeds is to make one part of the deed expound the other, and so to make all the parts agree. Effect must, as far as possible, be given to every word and every clause.

[...]

He also referred to *Cholmondeley (Marquis) v Clinton (Lord)* English Reports 2 JAC & W 88 at page 558 where it is stated: "To pronounce on the

meaning of a detached part of, or extract from an instrument, without referring to, and comparing it with the other parts of the same instrument, if relating to the same subject, is contrary to every principle of correct interpretation, applied to any written instrument upon any subject; and it is particularly reprobated by all the authorities respecting the constructing of legal instruments. Shepherd, in his *Touchstone*, mentions it as one of the established rules for the exposition of deed: "That the construction should be made upon the entire deed, so that one part do help to expound another, and that every part may take effect and none be rejected; that all the parts do agree together, and there be no discordance therein." We are to look (as it has been expressed), at the four corners of the instrument, and not to judge *per parcella*."

Counsel also referred the court to *Philean Trust v Taylor* [2003] JLR 61 at p69 para 18:

"The words are clear and it seems to the court that what is required (see Lewin, *op cit*, para 6-03, at 160) is the "objective meaning that the words of the document

convey to the court when considered as a whole in the light of the surrounding circumstances".

[13] He put it in this way, that taken as a whole, clause 6A has four overriding powers, and the court should not look for powers which are not expressed on the face of the document when there are words expressly dealing with the point in question.

[14] The court accepts this view, and has no hesitation in finding that what the trustees seek to do is expressly forbidden by the terms of the trust deed. The court orders therefore that the trustees do not have the power to make the appointment sought.

[15] A further, and at this stage and in the light of this finding, subsidiary point was raised, that is as to the duration of the trust and the duration of any trust or appointment made under the terms of the trust. Although this was not sought in the representation, nonetheless the court will set out, in general the submissions put to it. Reading the terms of the trust as a whole the trust period is defined at paragraph 2(b) (see above).

[16] Clause 5A deals with what the

trustees may do during the trust period, when subject to clauses 6 and 7, it is an income trust.

[17] When the trust period ends, then clause 5B comes into play, clauses 6 and 7 disappear, and the trust becomes a normal discretionary trust in favour of the beneficiaries as defined.

[18] As for the time during which such a discretionary trust continues, this it seems to the court is dealt with by clause 16.

[19] Although this is not strictly relevant to the present application, the court, albeit, with some hesitation considers that the trustees have, it would seem, an ongoing responsibility for 21 years after the expiration of the trust period. Mr Speck however went further and suggested that if a trust were to be set up under, say 6(A)(ii) then it would not of necessity expire before 2064, that is after 100 years from the date of the setting up of the original trust. This, however is, in the opinion of the court, at this stage to take a step too far for it to make an order and the court prefers rather at this stage to express no opinion thereon.

© Copyright of the Royal Court of Jersey

# Richiesta di informazioni al trustee, omessa risposta, rimborso delle spese legali sostenute dai beneficiari

Jersey – Royal Court

**Beneficiari – richiesta al trustee di informazioni – omissione – condanna del giudice  
– spese legali dei beneficiari – onere del trustee**

Royal Court (Samedi Division), MC. St. J. Birt, Deputy Bailiff, 30 marzo 2004  
[Jocelyn Enid James v Joseph Frederick Newington, Francis Patrick Mark James, Patricia Frances Vivien Fisher, Stephen Dominic James]

*Il trustee può essere condannato al pagamento in prima persona delle spese legali sostenute da un beneficiario del trust che sia stato costretto ad agire giudizialmente contro di lui per ottenere copia dell'atto istitutivo di trust ed il rendiconto della relativa gestione, quando innanzi ad una tale legittima richiesta il trustee sia rimasto ingiustificatamente inerte.*

## Sommario

Deceduto il primo beneficiario di un trust, Jocelyn, una dei beneficiari finali, chiese al trustee, per il tramite del proprio avvocato, informazioni di natura finanziaria sul trust, ivi incluso sia il rendiconto della gestione dei beni segregati, sia copia dell'atto istitutivo.

Nonostante la richiesta, il trustee omise di comunicare le necessarie informazioni e di consegnare copia dell'atto alla beneficiaria; tuttavia, copia del medesimo venne da lui consegnata ad uno dei figli di Jocelyn, anch'esso beneficiario finale del trust, con l'intendimento che questi provvedesse a trasmetterlo alla madre. In effetti la beneficiaria ricevette una copia di tale atto, ma incompleta: decise quindi di agire in giudizio. In accoglimento della richiesta dell'attrice, il giudice ordinò sia la consegna di copia integrale dell'atto istitutivo del trust, sia la consegna del rendiconto della gestione. Il trustee eseguì immediatamente solo la prima parte dell'ordine: il rendiconto, infatti, venne reso soltanto in un momento

successivo, dopo una condanna al pagamento di una multa per aver omesso di adempiere all'ordine del giudice (*contempt of court*).

Nel presente giudizio viene discusso su chi debba gravare l'onere delle spese.

In effetti, riconosce il giudice, il silenzio del trustee innanzi alla richiesta della beneficiaria sicuramente legittima l'instaurazione di un procedimento giudiziario nei suoi confronti, e poco rileva se il trustee credeva (erroneamente) di aver provveduto a far avere copia dell'atto di trust alla ricorrente: rimane infatti incontrovertibile che egli era venuto meno al proprio dovere di mettere a disposizione dei beneficiari (che ne facciano richiesta) tutte le informazioni opportune sul trust. Per tale motivo, quindi, il giudice ritiene di poter condannare il trustee (in prima persona e non nella sua qualità) al pagamento delle spese legali affrontate dalla ricorrente.

(E. B.)

## Testo della Sentenza

### The Deputy Bailiff:

[1] Joseph Newington (“the defendant”) is the sole trustee of a settlement known as the ISAF Trust, dated 26 September 1995 of which Donald Leslie James was the settlor. It is clear that the defendant and the settlor worked closely together and the defendant has very fairly admitted that he ran the matter on a fairly informal basis in accordance with the wishes of Mr James. Furthermore, he points out that under the trust deed Mr James was the sole beneficiary of this discretionary trust during his life. The other categories of beneficiary, who include the representor

(his widow) and his children, are named only as beneficiaries, should they be surviving on the date of the death of Mr James.

[2] The representor, who, as I say, is the widow, has sought to obtain financial information about the trust, including the trust deed and trust accounts. She appears first personally to have asked for these back in November 2002 and her English solicitor followed it up in June 2003. However at that stage she was not technically a beneficiary. Nevertheless, after 8 August 2003, when the settlor died, she was.

[3] The representor wrote to the Jersey Financial Services Commission asking for their help in getting a copy of the trust deed. The Commission required the defendant to produce a copy of the trust deed, which he did on 7 August 2003, although he sought to impose certain conditions on its onward transfer to the representor and other beneficiaries and the Commission clearly felt that it should not act in breach of those conditions and, accordingly, did not pass on the trust deed to the representor or other beneficiaries.

[4] On 24 September 2003, Mr Michel, acting for the representor, asked for both a copy of the trust deed and the accounts. So far as the papers before the court until today showed, there was really no response of any note from the defendant and, as a result, on 3 December

### Nota:

In virtù dell'accordo di collaborazione intercorrente tra questa Rivista e Wills & Trusts Law Reports, riproduciamo il testo della sentenza da [2004] WTLR 863. Il testo del sommario è una parziale traduzione dell'*headnote* ivi pubblicata.

the representation was issued which sought both a copy of the trust deed and trust accounts, as well as accounts of the underlying companies. On 24 December the defendant produced a copy of the trust deed to Mr Michel.

[5] I have been informed today by the defendant that, in fact, he supplied a copy of the trust deed to one of the children at a meeting held on 6 October. Although the representor was not there, he understood that the trust deed would be copied and made available to her as well as to the other beneficiaries. It transpires that that may well be so because, although it does not appear in the affidavit and I consider that it should have – Mr Michel has informed me today that his client was, prior to the institution of proceedings, in possession of a version of the trust deed but it only contained every other page of the deed so, of course, the full details were not available. It appears probable therefore that in the photocopying process by one of the children every other page was omitted. Nevertheless, it does add support to what the defendant has said to the effect that he did supply the trust deed at the meeting on 6 October to one or more of the children.

[6] However, the representation also sought production of the trust accounts. The return date was 19 December, when it was adjourned until 9 January 2004. It was then adjourned for a further four weeks to 6 February and the defendant agreed, upon that adjournment, to produce accounts for 2002. He did not do that and on 6 February, following submissions, the court ordered him to produce trust accounts for 2002 in two

weeks' time and adjourned the matter for those two weeks.

[7] Again, the defendant failed to produce the accounts and, accordingly, on 24 February, he was found to be in contempt of the court's order of 6 February and fined £500. The court made a further order as to the dates by which he should produce accounts, not only for 2002 but for earlier years and for 2003, both in relation to the trust and to the underlying companies. I am told that that order has been complied with and the accounts have now all been produced and given to the beneficiaries.

[8] The question before me today is that of costs. Mr Michel asks for costs on the basis that a trustee should produce trust accounts without the need for a beneficiary to go to court. Furthermore, he asks for those costs on an indemnity basis on the grounds that the defendant simply failed to produce them and indeed failed to produce them even when ordered to do so by the court.

[9] The response of the defendant is to the effect that he did say at the meeting of 6 October that he would produce accounts and that he would be willing to retire as trustee. He has handed me a letter of 16 October 2003 to Mr Dominic James, one of the beneficiaries, which, although it says nothing about production of accounts, does suggest that it would be appropriate to transfer to new trustees at the end of March 2004 and he says that it was taken as read that he would provide accounts by then. He therefore submits that this whole action was unnecessary.

[10] In my judgment, given the state

of information that was available to her and the lack of response from the defendant it was reasonable for the representor to institute these proceedings. I accept that he thought that he had already supplied the trust deed indirectly to her but the fact remains that he had not produced any accounts. A trustee is under a duty to keep proper trust accounts and to make them available to a beneficiary. It would have been perfectly straightforward for the defendant to have written in response to Mr Michel's letter of 24 September to say that he accepted fully that he should produce accounts and that he would do so by a certain date, but he did not. Whatever may have been said at the meeting of 6 October, the parties were clearly not ad idem on what had been said and the representor had no alternative, in my judgment, but to bring the proceedings in the absence of a proper response from the trustee.

[11] I therefore consider that the need for these proceedings arose out of the failure of the defendant to produce accounts or to give assurances that he would produce accounts within a reasonable timescale. Furthermore, even once the proceedings were instituted he regularly failed to produce the accounts by deadlines which he had either agreed to or which he had been ordered to comply with by the court.

[12] All in all I am quite satisfied that the fair order in this case is that costs should be paid by the defendant but I think that it should be on the standard basis, and I so order.

© Copyright of the Royal Court of Jersey

Proseguiamo la raccolta delle sentenze “storiche” sul trust.

## Trust, donazione indiretta, violazione della quota di riserva

Francia – Corte di Cassazione

Trust – successione ereditaria – liberalità – lesione della quota di riserva

Corte di Cassazione, MM. Lemontey, Prés., Savatier, Cons.-Rapp., Roehrich, Av. gén., 20 febbraio 1996 [Cts Zieseniss]

*Il trasferimento di beni dal disponente al trustee a seguito dell'istituzione di un trust, nel quale il beneficiario risulta definitivamente determinato solo alla morte del disponente, configura una donazione indiretta che si perfeziona all'evento morte. Pertanto, se a causa delle donazioni compiute nel corso della propria vita, il disponente ha violato la quota di riserva degli eredi legittimi, sarà necessario procedere a ridurre tali donazioni a cominciare dall'ultima, ovvero da quella che è stata attuata per mezzo del trust.*

### Sommario(1)

La disponente, cittadina francese, aveva istituito un trust di valori mobiliari di cui si era riservata il reddito ed il diritto di revocare o modificare le disposizioni beneficiarie; in altre parole, il soggetto al quale il trustee doveva trasferire l'oggetto del trust non sarebbe stato determinabile fino alla morte della disponente (la quale, in effetti, nominò e revocò i beneficiari in più di una occasione). La Corte di Cassazione, convintasi che la disponente si era definitivamente spogliata dei beni trasferiti al trustee fin dal momento dell'istituzione del trust (nel caso di specie negozio istitutivo e negozio dispositivo coincidevano documentalmente), qualifica il rapporto come donazione indiretta (mentre la corte d'appello vi aveva ravvisato una disposizione testamentaria): il solo problema che si pone attiene all'ordine di riduzione rispetto alle donazioni (dirette) fatte dalla disponente in vita; ritenuto che la donazione indiretta si fosse perfezionata il giorno della morte del dispo-

nente, quando la designazione del beneficiario finale era divenuta irrevocabile, discende che essa va ridotta prima di ogni altra liberalità fatta in vita, dato che le donazioni si riducono cominciando dall'ultima.

### Testo della Sentenza

LA COUR; - (...) *Sur le moyen unique:*  
Vu les articles 894, 895, 923 et 926 du Code civil;

Attendu que Marie-Louise Larue, de nationalité américaine, est décédée à Paris, le 4 novembre 1965, en laissant à sa succession Mmes Sylvia et Diana Zieseniss, ses petites-filles, venant en représentation de leur père, Christian Zieseniss, prédécédé, et M. Charles Zieseniss, son second fils; que, par acte du 11 mai 1953, elle avait constitué un trust de droit américain chargeant la Chase Manhattan Bank de gérer les actions qu'elle lui remettait, à charge de lui verser les revenus sa vie durant et, après son décès, de verser le capital à ses petits-enfants; que, par un avenant du 28 septembre 1962, elle en avait réduit le bénéfice aux seuls enfants de Charles, à l'exception de l'un d'eux, Jérôme; que les 10 décembre 1962 et 13 avril 1964, elle avait consenti à son fils Charles plusieurs donations préciputaires portant notamment sur des œuvres d'art; que, par testament du 9 octobre 1963, elle avait institué celui-ci légataire de la quotité disponible; que, par assignation du 6 août 1981, Mmes Sylvia et Diana Zieseniss ont demandé le partage de la succession, dont il est admis qu'elle est uniquement mobilière et est soumise à la loi française, et la réduction des libéralités; que le notaire commis pour procéder à la liquidation a dressé un procès-verbal de difficulté faisant état de

ce que le montant cumulé du trust et des donations consenties à M. Charles Zieseniss excédait celui de la quotité disponible; que les parties se sont opposées sur l'ordre des réductions; que Mmes Sylvia et Diana Zieseniss ont soutenu que le trust devait être réduit comme une donation entre vifs, et donc après les legs et donations consentis à M. Charles Zieseniss, qui lui étaient postérieurs; que celui-ci et ses enfants ont au contraire prétendu que le contrat de trust ne pouvait être assimilé à une donation et devait être regardé et réduit comme un legs; que l'arrêt attaqué a jugé que le trust contient des legs particuliers et qu'en conséquence, ces legs devaient être réduits avant les donations consenties à M. Charles Zieseniss conformément à l'article 926 du Code civil;

Attendu que, pour se prononcer ainsi, la cour d'appel a relevé que les critères de la donation entre vifs font défaut au contrat de trust litigieux ce qui empêche de l'assimiler à une donation; que la convention contient des clauses correspondant aux dispositions prévues par les articles 895 et 1002, alinéa 2, du Code civil; que Marie-Louise Zieseniss avait conservé un pouvoir de révocation, qu'elle a d'ailleurs mis en œuvre, ce qui rapproche le contrat de trust d'une disposition testamentaire révocable; que le trust constitué portait sur “ des biens à venir ” et non sur des

### Note:

Riproduciamo il testo della sentenza da Semaine Juridique, 1996, n. 22647.

(1) Il “Sommario” è sostanzialmente una riproduzione, con adattamenti, del commento alla sentenza in M. Lupoi, *Trusts*, II ed., Milano, 2001, pp. 668-669.

“biens présents”; que la cour d’appel en a déduit qu’au regard de l’ordre de réduction prescrit par l’article 923 du Code civil, le contrat de trust du 11 mai 1953, et ses avenants, doivent être qualifiés de dispositions testamentaires et, plus précisément, de legs particuliers;

Attendu cependant, que la cour d’appel avait constaté que, lors de la constitution du trust le 11 mai 1953, Marie-Louise Larue s’était dépouillée d’un capital pour en percevoir les revenus sa vie durant, tout en chargeant le trustee

de le remettre, au jour de sa mort, aux bénéficiaires désignés par elle à cette date; que cette opération, dont, comme le relève la cour d’appel, les parties ne contestaient, ni la régularité au regard du droit américain, ni qu’elle était dictée par une intention libérale en faveur des bénéficiaires, a réalisé une donation indirecte qui, ayant reçu effet au moment du décès de la donatrice par la réunion de tous ses éléments, a donc pris date à ce jour; que dès lors, les dispositions de l’article 926 du Code civil n’étaient pas

applicables à la réduction de cette libéralité, de sorte qu’en statuant comme elle a fait, la cour d’appel a violé les textes susvisés.

*Par ces motifs:*

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, l’arrêt rendu le 28 septembre 1993, entre les parties, par la Cour d’appel de Paris; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l’état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la Cour d’appel de Paris, autrement composée; (...).

# Massimario dell'anno 2004

## Acquisto di immobile – intestazione alla moglie – tutela dalle eventuali pretese dei creditori del marito – moglie trustee a beneficio del marito – moglie proprietaria a proprio esclusivo beneficio

Inghilterra e Galles: Divisional Court, Lord Denning, M.R., Salmon, Cross, L.J.J., sentenza 3 dicembre 1969 [Tinker v Tinker]

*Il marito che intesti la propria abitazione alla moglie, seppur senza la specifica intenzione di pregiudicare gli interessi dei propri futuri creditori e desiderando semplicemente proteggere l'avvenire della propria famiglia, non può ottenere dal giudice un provvedimento che dichiari che la moglie è trustee dell'immobile a suo beneficio poiché in queste circostanze opera la presunzione per la quale l'intestatario dell'immobile ne è proprietario a proprio esclusivo beneficio. .... Pag. 437*

## Atto istitutivo di "spendthrift trust" – somme versate dal trustee – attrazione alla massa fallimentare – esclusione – ricevimento dei beni a titolo di "bequest", "devise" o "inheritance" – insussistenza dei requisiti – esclusione dei beni

Stati Uniti: United State Bankruptcy Court for the District of Kansas, J. M. Karlin, sentenza 10 febbraio 2003 [In Re: Neal Lee Roth, Sr., and Teresa Kay Roth]

*Il beneficiario di un trust che chieda la dichiarazione del proprio fallimento, dalla quale consegue l'immissione in un trust del suo patrimonio, non può vedersi includere anche i beni che dovrebbe percepire a seguito della distribuzione di parte del capitale di un trust istituito dai genitori e del quale è beneficiario, quando l'atto istitutivo di tale trust contenga una clausola spendthrift e quando egli non abbia diritto di ricevere detti beni a titolo di "bequest, devise or inheritance", bensì per atto tra vivi. .... Pag. 289*

## Atto istitutivo – mancata corrispondenza alla volontà del disponente – vantaggi fiscali – modifica dell'atto istitutivo – autorizzazione giudiziale

Jersey: Royal Court (Samedi Division), M.C. St. J. Birt, Esq., Deputy Bailiff, Quéré e Bullen, Giurati, sentenza 20 dicembre 2002 [In the matter of the Williams Jersey 1994 Trust]

*Il giudice può disporre che sia modificato l'atto istitutivo del trust con l'inserimento di una clausola che escluda irrevocabilmente il disponente dai potenziali beneficiari dei beni e delle rendite, quando il disponente medesimo aveva espressamente manifestato all'avvocato la propria volontà in tal senso ed essa non era stata recepita nell'atto istitutivo (così ponendolo nella situazione di poter essere chiamato a far fronte agli oneri fiscali gravanti sulle rendite del trust) .... Pag. 287*

## Azioni – trust – disponente/beneficiaria unica titolare di "intest" – richiesta di intestazione delle azioni – "directions" – legittimità del trasferimento

Jersey: Royal Court, M. C. St. J. Birt, Esq., Deputy Bailiff, Potter e Georgelin, Giurati, sentenza 13 dicembre 2002 [Sinel Trust Limited v Rothfield Investments Limited]

*In base alle norme di diritto internazionale privato di Jersey la proprietà delle azioni di una società segregate in un trust deve essere accertata in base alle norme della lex situs. Pertanto, sarà applicabile il diritto di Jersey quando risulti che la società sia ivi stata costituita, che il registro delle azioni sia ivi tenuto ed i trustee siano ivi residenti. La disponente/beneficiaria del trust che sia accertato essere l'unica avente diritto alle azioni in base al diritto di Jersey, può ottenere legittimamente dai trustee, e questi andranno esenti da future responsabilità, l'intestazione delle azioni quando ella così abbia disposto in base al potere direttivo riservatosi all'atto dell'istituzione del trust. .... Pag. 83*

## "Constructive trust" – somme depositate in banche svizzere – creditori del trustee – sequestro conservativo – beneficiario del "constructive trust" – priorità

Svizzera: Consiglio federale, II sez. Civile, M. Reeb, Président, M. Bianchi, M. Raselli, M.me Nordmann e M. Meyer, Judges, sentenza 19 novembre 2001 [H. c. Stati Uniti d'America]

*Sebbene, in diritto svizzero, il debitore risponda delle proprie obbligazioni con tutto il proprio patrimonio, non urta contro l'ordine pubblico la norma straniera che, in conseguenza dell'esistenza di un trust, sottragga i beni in trust alle azioni dei creditori ordinari del soggetto che ne è il trustee.*

*Le somme, depositate presso banche svizzere, delle quali dispone un cittadino americano che, secondo il diritto americano, è di esse constructive trustee per essersene appropriato in violazione delle proprie obbligazioni fiduciarie non si confondono con gli altri elementi del suo patrimonio e il beneficiario del constructive trust può apprenderle nonostante che esse siano state sequestrate dai creditori personali del constructive trustee. .... Pag. 76*

## Convenzione concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni – competenze esclusive – liti in materia di diritti reali immobiliari – nozione – lite relativa all'esistenza di un trust avente ad oggetto un bene immobile – esclusione

Unione Europea: Corte di Giustizia, O. Due, Pres., J.C. Moitinho de Almeida, M. Diez de Velasco, D.A.O. Edward, Pres. di Sez., C.N. Kakouris, R. Joliet, Rel., G.C. Rodríguez Iglesias, M. Zuleeg e P.J.G. Kapteyn, sentenza 17 maggio 1994 [George Lawrence Webb c. Lawrence Desmond Webb]

*Affinché si applichi l'art. 16, punto 1, della convenzione di Bruxelles concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale non è sufficiente che l'azione riguardi un diritto reale immobiliare o abbia un nesso con un*

immobile, ma occorre che essa sia fondata su un diritto reale, e non su un diritto personale, salvo l'eccezione prevista per la locazione di immobili. Ne consegue che l'azione volta a far constatare che una persona sia proprietaria di un bene immobile in qualità di trustee e ad ottenere che le sia ingiunto di compiere gli atti necessari affinché l'attore diventi titolare della legal ownership non è un'azione reale ai sensi dell'art. 16, punto 1, della convenzione. ....	Pag. 112
<b>Convivenza “more uxorio” – contributo economico e personale della convivente – “constructive trust”</b> Inghilterra e Gales: Court of Appeal (Civil Division), Gibson, Keene, Nourse, L.JJ., sentenza 20 giugno 2003 [Hyett v Stanley and others] Sorge un constructive trust a favore della convivente del proprietario di una fattoria che abbia contribuito economicamente e lavorativamente alla medesima, assumendo su di sé anche il rischio derivante dall'accensione a proprio nome di un mutuo bancario, nella convinzione, per affermazione ripetuta del compagno, che la fattoria fosse di comune proprietà e detto constructive trust, che ha per oggetto la metà del valore della fattoria, è opponibile agli eredi del proprietario. ....	Pag. 595
<b>Coppia “more uxorio” – immobile – unico intestatario – ipoteca – cessazione del rapporto “more uxorio” – “resulting trust” – esclusione – presunzione di donazione</b> Hong Kong: District Court, R. Yu, Deputy Judge, sentenza 7 giugno 2002 [Ng Mou Wai v Mak Poi Wan] Nell'ambito di una relazione more uxorio l'attribuzione di diritti patrimoniali a ciascuno dei conviventi deve avvenire sulla base di accordi intercorsi tra le parti, mancando specifiche disposizioni di legge. Questi accordi, laddove non formalizzati, possono essere desunti da intese orali tra le parti o dal loro comportamento concludente. ....	Pag. 98
<b>Costituzione di una società – trasferimento delle azioni in trust – separazione dei coniugi unici azionisti – condanna del marito al pagamento di una somma – inadempimento – Mareva injunction”</b> Riconoscimento della sentenza straniera – “Mareva injunction” – ingiunzione emessa anche nei confronti del convenuto terzo rispetto agli ex coniugi Bermuda: Supreme Court, Civil Jurisdiction, Simmons, A.J., sentenza 17 aprile 2002 [Mubarak v Mubarak and another] In seguito al riconoscimento di una sentenza inglese in Bermuda, il giudice locale può emanare una Mareva injunction nei confronti della parte soccombente innanzi al giudice inglese, ma anche di una società locale, dal medesimo controllata, allo scopo di meglio tutelare i diritti della parte in favore della quale la sentenza inglese aveva disposto il pagamento di somme. ....	Pag. 433
<b>Crediti fiscali di un fallimento – cessione a trustee – autorizzazione – competenza del Tribunale</b> Italia: Tribunale di Roma, Sezione Fallimentare, G. Russo, Rel., G. Briasco, T. Marvasi, decreto 11 marzo 2004 [Fallimento Romanazzi] Il provvedimento di autorizzazione ad istituire un trust avente ad oggetto i crediti fiscali di un fallimento rientra nella competenza del Tribunale e non in quella del Giudice Delegato al fallimento medesimo. ....	Pag. 406
<b>Debitore – istituzione di trust – creditori del disponente nominati beneficiari – esclusione di alcuni creditori – violazione del principio di garanzia patrimoniale – azione revocatoria – esperibilità – sequestro conservativo dei beni in trust</b> Italia: Tribunale di Firenze, L. Miraglia, ordinanza 6 giugno 2002 [X c. K] Il trust non può sottrarsi alla legge italiana in materia di conservazione della garanzia patrimoniale del debitore nei confronti dei suoi creditori. Pertanto, qualora il debitore trasferisca la quasi totalità del proprio patrimonio in un trust a beneficio solo di alcuni creditori, privandosi in questo modo della garanzia patrimoniale che assiste tutti i creditori di uno stesso soggetto, può trovare applicazione l'azione revocatoria ordinaria di cui all'art. 2901 cod. civ. e, conseguentemente, deve essere disposto il sequestro conservativo non solo di tutti i beni del debitore-disponente, ma anche delle azioni trasferite al trustee fino alla concorrenza del credito per la cui riscossione si agisce. ....	Pag. 256
<b>Legato in trust – beneficiario titolare di un “vested interest” – anticipazione del termine finale del trust</b> Inghilterra e Gales: Chancery, Lord Langdale, sentenza 7 maggio 1841 [Saunders v Vautier] Qualora l'istituzione di un legato abbia quale scopo l'accumulazione di un certo patrimonio per un determinato periodo, o qualora il versamento al legatario sia stato rinviato nel tempo, il legatario medesimo che sia titolare di un indefeasible interest non è tenuto ad attendere il decorso di detto tempo, potendo al contrario ricorrere al giudice affinché gli venga riconosciuto il diritto a percepire immediatamente i beni in legato. ....	Pag. 294
<b>Espressione verbale di desiderio – trust segreto – insufficienza</b> Nuova Zelanda: High Court Wellington, Hammond, J., sentenza 7 maggio 2002 [Page v Page] La semplice indicazione verbale del desiderio, espresso dalla madre proprietaria di una importante collezione d'arte, che essa rimanga integra presso il figlio che la erediterà e poi passi ai suoi figli non è sufficiente per rendere il figlio trustee della collezione ...	Pag. 103
<b>Minore disabile – disinvestimento del patrimonio mobiliare – istituzione di trust per l'acquisto di un immobile – autorizzazione del Giudice Tutelare – concessa</b> Italia: Tribunale di Firenze, Giudice Tutelare, A. Gatta, decreto 8 aprile 2004 [A. e B.]	

- I genitori di un minore disabile possono essere autorizzati dal Giudice Tutelare a vincolare in trust, del quale si fornisce la bozza dell'atto istitutivo, somme del minore, unitamente a somme dei genitori, per l'acquisto di un immobile..... Pag. 567*
- “Power of appointment” – “Hastings-Bass principle” – applicabilità – limiti – nullità o annullabilità dell’atto compiuto dal trustee**  
 Inghilterra e Gales: High Court of Justice, Chancery Division, Lightman, J., sentenza 6 febbraio 2003 [Abacus Trust Co (Isle of Man) and another v Barr and others]  
*L'applicazione del c.d. Hastings-Bass principle, inerente il rispetto del trustee dei propri doveri fiduciari, è esclusa nel caso in cui il trustee abbia commesso un errore nella gestione del trust a causa di informazioni errate sulla volontà del disponente che gli siano state comunicate da un terzo, poiché tale condotta non configura violazione dei doveri fiduciari; tuttavia, si ha una violazione di tali doveri, con conseguente applicazione del su menzionato principio, qualora il trustee abbia ommesso di accertare personalmente la reale volontà del disponente. Nel caso in cui il trustee abbia erroneamente esercitato il proprio power of appointment e, per la violazione del dovere fiduciario di accertare quale fosse la reale volontà del disponente, essendosi fidato dell'altrui indicazione, trovi applicazione il c.d. Hastings-Bass principle, l'atto di attribuzione dei beni in trust, in assenza di uniformità nei precedenti, ed in applicazione dei principi generali di equity, costituisce atto annullabile e non atto nullo. .... Pag. 407*
- Promessa di partecipazione agli utili – promessa di acquisto di immobile – affidamento – mancato rispetto della promessa – “beneficial interest”**  
 Inghilterra e Gales: Court of Appeal (Civil Division), Rix, Jonathan Parker, L.J.J., Nelson, J., sentenza 29 luglio 2002 [Chan v Leung]  
*Qualora una persona abbia subito un detrimento, o comunque abbia apportato alla propria vita importanti cambiamenti, abbandonando il proprio lavoro ed il proprio Paese, sulla base dell'affidamento riposto nella promessa del convenuto (di farla partecipare agli utili della gestione di alcuni progetti immobiliari e di intestarle un immobile), sorge un beneficial interest a suo favore su tali beni nel caso in cui la promessa non sia rispettata. .... Pag. 261*
- “Settlement” – trust – validità – diritto applicabile – atto tra vivi – mandato – trasferimento fiduciario – promessa di dare – donazione – diritto successorio – contratto a causa mista**  
 Svizzera: Tribunale Federale, II Corte Civile, Giovanoli, Schmid, Castella, Schweri e Lüchinger, 29 gennaio 1970 [Harrison v Crédit Suisse]  
*Non è nullo un trust solo perché incompatibile con il diritto svizzero. Laddove l'ordinamento non conosce il trust ovvero non trova una figura corrispondente, il giudice può ricostruire il trust partendo dagli istituti giuridici del proprio ordinamento. .... Pag. 442*
- Società – amministratore – violazione dei doveri fiduciari – vantaggi tratti da società terza – responsabilità dell'amministratore e della società terza per i profitti ottenuti**  
 Inghilterra e Gales: High Court of Justice, Chancery Division, P. Smith, J., sentenza 23 gennaio 2004 [Crown Dilmun Plc and Dilmun Investments Ltd v Nicholas Sutton and Fulham River Projects Ltd]  
*L'amministratore di una società che abbia agito in violazione dei propri doveri fiduciari procurando la conclusione di un affare ad una società terza nonostante che la società da lui amministrata vantasse un considerevole interesse allo stesso, è tenuto a render conto della propria condotta e dei profitti ottenuti alla società amministrata, al pari della società terza la quale non solo abbia avuto la conoscenza del deplorabile comportamento, ma abbia altresì contribuito alla violazione di detti doveri. .... Pag. 577*
- Testamento – trust – morte del beneficiario – distribuzione del patrimonio – trustee – mancato pagamento dei legati – onere del beneficiario finale**  
 Italia: Corte d'Appello di Napoli, Guerrasio, Pres., sentenza 22 aprile 1908 [Vedova Pini c. Duchessa Del Balzo]  
*L'erede testamentario, anche nella consistenza di riservatarii può agire per conseguimento dei dritti spettanti al defunto. L'omologazione del testamento, di una Inglese (Probate) fatta dalla Court of Probate, è la condizione sine qua per l'esecuzione del testamento e non ha nulla che vedere sulla persona che debba eseguire il testamento. La costituzione in Trust di un patrimonio secondo le leggi Inglesi non toglie all'usufruttuario di esso il dovere di pagare i legati disposti dal testatore sulle rendite. .... Pag. 109*
- Trasferimento di denaro – “constructive trust” – rilevanza della volontà delle parti**  
 Stati Uniti: Court of Appeals for the Fourth Circuit, Niemeyer, Motz, Gregory, C.J.J., sentenza 12 giugno 2003 [Maltas (as personal representative of the estate of Richard B. Maltas) v Maltas and another]  
*Affinché possa dirsi sorto un trust inter vivos, è necessario accertare sia per quale motivo è stato effettuato il trasferimento dei beni, sia la reale volontà delle parti comunque essa sia stata espressa (anche in forma orale). .... Pag. 423*
- Trasferimento simulato di beni – azione del disponente verso il trasferitario per riottenere i beni – allegazione di trust – esclusione**  
 Inghilterra e Gales: Court of Appeal (Civil Division), Aldous, Chadwick, Mance, L.J.J., sentenza 30 luglio 2002 [Diane Juliette Collier v Michael Clayton Collier]  
*Il soggetto che abbia simulatamente trasferito beni a un altro allo scopo di sottrarli ai propri creditori non può dedurre la simulazione per riottenere la proprietà dei beni trasferiti, neanche deducendo l'esistenza di un trust a proprio vantaggio. .... Pag. 271*
- Trust – attività illecita del disponente unico beneficiario – sequestro dei beni – “directions”**  
**Spese legali del trustee – impiego dei fondi in trust – autorizzazione – concessa**  
 Jersey: Royal Court, Samedi Division, F. C. Hamon, Esq., O.B.E., Commissioner, Potter e Allo, Giurati, sentenza 2 mag-

gio 2003 [In the Matter of the Proceeds of Crime (Jersey) Law, 1999, and in the Matter of the Proceeds of Crime (Designated Countries and Territories) (Jersey) Regulations, 1999, and in the Matter of the Late Mr. Kieran Paul Smyth and the Garden Trust]

*Il trustee professionale di un trust sottoposto a sequestro a seguito dell'attività illecita compiuta dal disponente ed unico beneficiario può ottenere dal giudice l'autorizzazione ad impiegare i beni in trust per far fronte alle proprie spese legali (sostenute per chiedere istruzioni al giudice su come comportarsi per il futuro) se egli è estraneo a detta attività illecita e se, al momento dell'assunzione del nuovo cliente, avendo adempiuto al proprio obbligo di assumere informazioni sul potenziale cliente, aveva ottenuto risposte rassicuranti. .... Pag.*

602

**Trust – atto istitutivo – registro tavolare – annotazione – autorizzazione del Giudice Tavolare**

Italia: Tribunale di Trento, Sezione distaccata di Cavalese, Giudice Tavolare, L. Battistella, decreto tavolare 20 luglio 2004 [Dolzani]

*A seguito della ratifica della Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985, il trust interno istituito in conseguenza della scelta del disponente, libera e legittima ex art. 6 della Convenzione, di una legge regolatrice idonea, deve essere riconosciuto, con la conseguenza che l'effetto segregativo proprio del trust deve essere portato a conoscenza dei terzi per mezzo dell'annotazione nei pubblici registri. Pertanto, non sussistendo disposizioni espresse o principi generali che importino un divieto di trascrizione del trust, può essere ordinata l'annotazione dell'atto istitutivo nel registro tavolare. .... Pag.*

573

**Trust – bisogni della famiglia – fondo patrimoniale – trascrizione del vincolo – riserva – reclamo – rimozione della riserva**

Italia: Tribunale di Parma, R. Piscopo, Pres., F. Mammoni, Rel., M. Lo Moro, decreto 21 ottobre 2003 [Busani c. Conservatore dei Registri Immobiliari di Parma]

*La legge di ratifica della Convenzione de L'Aja risulterebbe privata di effetti qualora si dovesse negare la trascrivibilità di un atto istitutivo di trust, in quanto atto non rientrante tra quelli indicati dall'art. 2643 cod. civ., in considerazione sia della circostanza che il legislatore, tramite lo strumento della ratifica, ha inteso introdurre nell'ordinamento il trust, sia del fatto che è la stessa Convenzione, all'art. 12, a prevedere la possibilità di forme pubblicitarie di tale vincolo. Conseguentemente, la riserva apposta al momento della trascrizione del vincolo deve essere cancellata. .... Pag.*

73

**Trust – clausole sulla giurisdizione esclusiva – legge applicabile – legge applicabile svantaggiosa – ricorso ad una diversa giurisdizione – inammissibile**

British Columbia: Supreme Court, Groberman, J., sentenza 30 giugno 2003 [Green and another v Jernigan and others]

*Le clausole dell'atto istitutivo del trust che attribuiscono giurisdizione esclusiva ai giudici di un determinato ordinamento non possono essere eluse, ricorrendo a giudici di altre giurisdizioni, anche qualora l'attore non sia tranquillo circa le modalità di svolgimento dell'attività giudiziaria in quell'ordinamento. .... Pag.*

426

**Trust – contestazione della validità – azioni in più giurisdizioni**

Jersey: Royal Court (Samedi Division), M. C. St. J Birt, Esq., Deputy Bailiff, Le Brocq e Le Breton, Giurati, sentenza 12 agosto 2003 [In the matter of the Key Trust and Article 47 of the Trusts (Jersey) Law 1984]

*La parte che contesti la validità di un trust sia nella giurisdizione di Jersey sia in una giurisdizione straniera e dichiari di volere coltivare solo la causa promossa in Jersey è tenuta a proporre tutte le proprie domande in Jersey. .... Pag.*

90

**Trust – contestazione della sua validità dinanzi a un giudice straniero – ordine di esibizione rivolto al trustee – ottemperanza – esclusione**

Jersey: Royal Court (Samedi Division), M. C. St. J Birt, Esq., Deputy Bailiff, Le Brocq e Bullen, Giurati, sentenza 7 gennaio 2003 [In the matter of M Trust]

*Non è nell'interesse dei beneficiari di un trust che il trustee produca documenti relativi al trust a una corte straniera, dinanzi alla quale è stata proposta domanda di nullità del trust, né che egli si costituisca nel relativo procedimento. .... Pag.*

94

**Trust – controversia per la risoluzione – trustee convenuti – compromesso – potere di transigere – sussistente**

Bermuda: Supreme Court, Wade-Miller, J., sentenza 13 febbraio 2002 [Re the Thyssen-Bornemisza Continuity Trust, Thybo Trustees Ltd and another v Baron Thyssen-Bornemisza de Kaszon and others]

*I trustee che siano convenuti in una controversia instaurata da uno dei disponenti per risolvere il trust, possono stilare un compromesso per transigerla quando tale potere risulti dall'atto istitutivo, la loro professionalità sia tale da consentire di ritenere che essi agiscano nell'interesse del trust e dei beneficiari, adottando una soluzione che qualsiasi trustee ragionevole assumerebbe, e non vi sia alcun conflitto di interessi, ovvero, se presente, che non sia idoneo a inficiare la bontà di una decisione di tale portata. ... Pag.*

431

**Trust – dichiarazione unilaterale – Convenzione de L'Aja – inapplicabilità**

Italia: Tribunale di Napoli, Gallo, Pres. Est., decreto 1° ottobre 2003 [Pollio c. Conservatore dei Registri Immobiliari di Napoli 2]

*L'articolo 2 della Convenzione de L'Aja richiede che sussistano almeno due soggetti per l'istituzione di un trust: il disponente e il trustee. Non può quindi essere riconosciuto un trust nel quale i due soggetti coincidano, oltretutto mancando ragioni per ricorrere al trust quando, come nella specie, il disponente intende perseguire uno scopo tipico del fondo patrimoniale di diritto italiano. .... Pag.*

74

**Trust – presupposti – modalità di istituzione**

**Controversia personale del trustee contro i beneficiari – spese legali – prelevamento dal trust – “breach of trust”**

**Attività del trustee – compensi – sproporzione – restituzione al trust****Violazione dei doveri gravanti sul trustee – dimissioni del trustee – revoca giudiziale e sostituzione**

Jersey: Royal Court (Samedi Division), Sir Philip Bailhache, Bailiff, Le Brocq e Le Breton, Giurati, sentenza 7 marzo 2003 [Yashvina Parujan v Atlantic Western Trustees Limited]

*Affinché possa dirsi istituito un trust non è sufficiente che un soggetto affermi di essere trustee di beni in suo possesso, essendo al contrario necessario o che l'atto istitutivo sia sottoscritto dal disponente e controfirmato dal trustee, che in questo modo accetta l'incarico, oppure che il trustee dichiari unilateralmente di aver ricevuto in trust i beni trasferitigli dal disponente.*

*Commette breach of trust il trustee che impieghi somme prelevate dal trust per far fronte alle spese legali di una sua controversia personale contro i beneficiari.*

*Il trustee che, inadempiente agli obblighi di diligenza, prudenza e buona fede, ponga a carico del trust oneri, quali compensi propri, eccessivi rispetto all'attività effettivamente svolta, è tenuto a rifondere tali somme al trust.*

*Nonostante il trustee manifesti l'intenzione di dimettersi dalla propria carica, il giudice, su istanza degli interessati, può revocare il trustee medesimo quando ciò appaia più opportuno nell'interesse dei beneficiari del trust. .... Pag.*

280

**Trust – requisiti di validità – incertezza nell'identificazione dei beneficiari – “resulting trust”**

Inghilterra e Galles: Chancery, Lord Eldon, sentenza 20 marzo 1805 [Moice v Bishop of Durham]

*Non può considerarsi validamente istituito il trust nel quale i beneficiari non risultano identificati o identificabili: in questo caso, pur essendosi in presenza degli altri due elementi necessari del trust (la volontà ad istituire e la presenza dei beni da segregare), il giudice non potrà intervenire correttivamente, ma dovrà limitarsi a dichiarare il sorgere di un trust di ritorno a favore del medesimo disponente (o dei suoi eredi). .... Pag.*

606

**Trust – riconoscimento nell'ordinamento italiano – Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985****(Legge n. 364 del 16 ottobre 1989) – libertà di scelta della legge regolatrice – sussiste –****trust interno – ammissibilità – contrasto degli effetti con norme inderogabili (art. 2740 cod. civ.)****– non sussiste – comunione legale tra coniugi – cessazione del regime col passaggio in giudicato****della sentenza – surrogazione ex art. 179 cod. civ. – dichiarazione del coniuge non acquirente****al momento dell'acquisto – indefettibilità – disposizione di quota di proprietà di immobile****in comunione – nullità – non sussiste – annullabilità ex art. 184 cod. civ. – sussiste**

Italia: Tribunale di Bologna, A. M. Drudi, sentenza 1° ottobre 2003, n. 4545 [Landini Norma Giovanna c. Trombetti Gianfranco e Sofir–Società Fiduciaria e di Revisione s.r.l.]

*L'istituto del trust, di origine anglosassone, è espressamente riconosciuto dalla legislazione italiana (Convenzione de L'Aja dell'1/7/1985, recepita con legge di ratifica del 16/10/1989 n. 364), per la cui applicabilità l'unico elemento di estraneità può consistere nella scelta di una legge regolatrice straniera da parte del disponente.*

*La scelta della legge operata dal settlor è libera e solo nel caso di mancata scelta o di scelta di un ordinamento non-trust si deve fare riferimento al paese con cui il trust ha il collegamento più stretto. L'istituto del trust e, soprattutto, l'effetto di segregazione nel patrimonio del trustee non contrastano con le norme inderogabili o con i supremi principi dell'ordinamento italiano tra i quali non può annoverarsi l'art. 2740 cod. civ. .... Pag.*

67

**Trust – ritenzione del potere di controllo e di gestione dei beni in trust – massima “donner et retenir ne vaut” – violazione delle norme a tutela degli eredi legittimi – nullità dell'atto**

Jersey: Royal Court, Tomes, Deputy Bailiff, Lucas e Le Boutillier, Giurati, sentenza 6 giugno 1991 [Abdel Rahman v Chase Bank (C.I.) Trust Company Limited and five others]

*L'atto con il quale il disponente abbia trasferito l'intero proprio patrimonio in un trust deve essere dichiarato nullo per violazione della massima del diritto consuetudinario normanno vigente in Jersey donner et retenir ne vaut quando emerga che il disponente ha mantenuto sui beni in trust un pregnante potere di controllo e di amministrazione, tale per cui il trustee non era che un suo agente o prestanome, poiché ciò realizza un'ipotesi di violazione delle norme in tema di successione legittima. .... Pag.*

296

**Trust – segregazione dei beni – intestazione al trustee – beni oggetto di legato –****beneficiario minore – consegna dopo il raggiungimento della maggiore età – garanzia sicura****Potestà dei genitori – rappresentanza e amministrazione – trust (istituzione di un) –****atto di straordinaria amministrazione – autorizzazione del giudice tutelare – necessità**

Italia: Tribunale di Bologna, Giudice Tutelare, A. Scaramuzzino, decreto 3 dicembre 2003 [A. C. B. e I. C.]

*Ove il de cuius abbia lasciato in legato al nipote minore alcuni beni, costituisce la garanzia migliore, per il rispetto della sua volontà, affinché il beneficiario entri in possesso dei predetti beni al compimento della maggiore età, l'istituzione di un trust ad opera dei genitori esercenti la potestà sul minore (nella specie è stato nominato trustee l'esecutore testamentario del de cuius).*

*L'istituzione di un trust ad opera di genitori esercenti la potestà sul minore sui beni oggetto di un legato a favore del minore stesso è atto di straordinaria amministrazione e, come tale, richiede l'autorizzazione del giudice tutelare. .... Pag.*

254

**Trust – simulazione – reale intenzione del disponente – reale intenzione del trustee****Massima “donner et retenir ne vaut” – potere di disporre liberamente del bene – ambito****di applicazione della massima****Principio “pierce the veil” – diritto societario – applicabilità al trust – difficile attuazione****Scopo del trust – lettera di intenti – rilevanza sull'attività del trustee**

Jersey: Royal Court, Samedi Division, Birt Deputy Bailiff, De Veulle e Bullen, Giurati, sentenza 13 giugno 2003 [Re Abacus (CI) Ltd. (trustee of the Esteem Settlement) Grupo Torras SA and another v Al Sabah and others]

*Un trust può dirsi simulato ("sham") solo qualora il disponente ed il trustee che non abbiano mai avuto la reale intenzione di agire conformemente all'atto istitutivo, intendendo trarre in inganno i terzi creditori.*

*La massima del diritto consuetudinario "donner et retenir ne vaut" può trovare applicazione, determinando la nullità del trasferimento compiuto, solo nell'ipotesi in cui il disponente abbia mantenuto un potere di libera disposizione del bene sin dal momento del trasferimento, a nulla rilevando che tale potere sia conseguito successivamente.*

*L'applicazione del principio di diritto societario che consente di "sollevare il velo" (pierce the veil) della società per accertare il reale proprietario dei beni societari non può trovare applicazione nel caso del trust poiché il controllo che il disponente dovrebbe avere per determinare l'applicazione di detto principio corrisponde esattamente al potere che sui beni segregati esercita abitualmente il trustee (che, in questo caso, dovrebbe aver sostanzialmente rinunciato all'adempimento dei propri doveri fiduciari).*

*L'istituzione di un trust finalizzato a pregiudicare i creditori non è di per sé nullo: ad essere nulli sono i singoli atti di disposizione compiuti dal trustee.*

*La lettera di desideri non impone al trustee alcun obbligo legale, bensì solamente indicazioni di massima circa la gestione del patrimonio in trust. .... Pag. 414*

### **Trust auto-dichiarato – requisiti di validità – insufficiente certezza sull'identificazione dei beneficiari**

Inghilterra e Galles: High Court of Justice, Chancery Division, Pumfrey, J., sentenza 9 maggio 2003 [OT Computers Ltd (in administration) v First National Tricity Finance Ltd and others]

*La società che abbia aperto due conti correnti vincolandoli in un trust auto-dichiarato a beneficio dei propri clienti e dei propri fornitori, potrà essere dichiarata dal giudice effettiva ed unica proprietaria dei fondi contenuti in essi quando, pur essendo stati rispettati i requisiti della certezza sulla dichiarazione di volontà (dalla quale deve emergere l'effettiva intenzione di istituire un trust) e della certezza circa la quantità e la natura dei beni vincolati, non sia stato rispettato il terzo ed ultimo requisito della certezza ed identificabilità dei beneficiari del trust. .... Pag. 589*

### **Trust auto-dichiarato – vincolo – trascrizione – rifiuto**

Italia: Corte d'Appello di Napoli, L. Martone, Pres., T. Casoria, Cons. Rel., R. Venuta, sentenza 27 maggio 2004 [C. Pollio c. Agenzia del Territorio Ufficio Provinciale di Napoli]

*Dato che il trust auto-dichiarato consiste in un vincolo, questo non può essere trascritto in mancanza di apposita norma.*

*Non è sufficiente l'interesse economico della parte di impedire che i beni siano esposti all'aggressione di eventuali creditori, poiché quel che rileva è l'interesse giuridico riconosciuto dal legislatore.*

*Non rileva neanche l'interesse dei beneficiari, perché esso sorge immediatamente dalla legge, la Convenzione de L'Aja e la legge di ratifica, non dalla volontà di chi istituisce il trust: l'atto unilaterale di trust non è che il presupposto di fatto perché il diritto possa sorgere. .... Pag. 570*

### **Trustee – appropriazione indebita di somme in trust – profitti derivanti dalla "breach of trust" – risarcimento dovuto**

Inghilterra e Galles: High Court of Justice, Chancery Division, A. Morritt, J., sentenza 3 dicembre 2003 [Amish Patel and others v London Borough of Brent]

*Il trustee che abbia investito illegittimamente i beni in trust è tenuto a restituire ai beneficiari una somma pari ai profitti che sarebbero derivati da una legittima gestione dei medesimi beni, nonché, nel caso in cui egli abbia tratto un maggior guadagno, anche tale ulteriore somma. .... Pag. 583*

# Trustee Act – I parte

Pubblichiamo l'indice e la prima parte del Trustee Act 1961 delle Isole Vergini Britanniche aggiornato con le modifiche introdotte dal Trustee (Amendment) Act 2003, emanato il 17 ottobre 2003. La seconda parte potrà leggersi sul prossimo numero della Rivista.

## Arrangement of Sections

### Part I - Preliminary

1. Short title
2. Interpretation

### Part II - Investments

3. Authorised investments
4. Investment in bearer securities
5. Discretion of trustees
6. Power to retain investment which has ceased to be authorised
7. Loans and investments by trustees not chargeable as breaches of trust
8. Liability for loss by reason of improper investment
9. Powers supplementary of powers of investment
10. Power to deposit money at Bank and to pay calls

### Part III - General Powers Of Trustees And Personal Representatives

#### General Powers

11. Power of trustees for sale to sell by auction or private contract
12. Power to postpone sale
13. Trust for sale of mortgaged property where right of redemption is barred
14. Power to sell subject to depreciatory conditions
15. Power of trustees to give receipts
16. Power to compound liabilities
17. Power to raise money by sale, mortgage or otherwise
18. Validation of appointment where objects are excluded or take illusory shares
19. Devolution of powers or trusts
20. Power to insure
21. Application of insurance money where policy kept up under any trust, power or obligation
22. Deposit of documents for safe custody
23. Reversionary interests, valuations, and audit
24. Powers to employ agents
25. Power to concur with others
26. Power to delegate trusts during absence abroad

#### Indemnities

27. Protection again liability in respect of rents and covenants
28. Protection by means of advertisement
29. Protection in regard to notice
30. Exoneration of trustees in respect of certain powers of attorney
31. Implied indemnity of trustees

#### Maintenance, advancement and protective trusts

32. Power to apply income for maintenance and to accumulate surplus income during a minority

33. Power of advancement

34. Protective trusts

### Part IV - Appointment and Discharge of Trustees

35. Limitation of the number of trustees
36. Power of appointing new or additional trustees
37. Power to appoint trustees of property belonging to infants or to persons out of the Territory
38. Supplemental provisions as to appointment of trustees
39. Evidence as to a vacancy in a trust
40. Retirement of trustee without a new appointment
41. Vesting of trust property in new or continuing trustees

### Part V - Powers of the Court

#### Appointment of new trustees

42. Power of Court to appoint new trustees
43. Power to authorise remuneration
44. Powers of new trustee appointed by the Court

#### Vesting orders

45. Vesting orders of land
46. Orders as to contingent rights or unborn persons
47. Vesting order in place of conveyance by infant mortgagee
48. Vesting order consequential on order for sale or mortgage of land
49. Vesting order consequential on judgement specific performance, etc.
50. Effect of vesting order
51. Power to appoint person to convey
52. Vesting orders as to stocks and things in action
53. Vesting orders charity property
54. Vesting orders in relation to infant's beneficial interests
55. Orders made upon certain allegations to be conclusive evidence
56. Orders of Court to be registered
57. Registration of vesting order made by Court in England
58. Jurisdiction of Court to vary trusts
- 58A. Power to appoint persons to consent to variations on behalf of those incapable
59. Power of Court to authorise dealing with trust property
60. Persons entitled to apply for orders
61. Power to give judgement in absence of a trustee
62. Power to charge costs on trust estate
63. Power to relieve trustee from personal liability
64. Power to make beneficiary indemnify for breach of trust

#### Payment into Court

65. Payment into Court by trustees

### Part VI - General Provisions

66. Application of Act
67. Indemnity

**Part VII - Perpetuities and Accumulations**

- 68. Power to specify perpetuity period
- 69. Presumptions and evidence as to future parenthood
- 70. Uncertainty as to remoteness
- 71. Reduction of age and exclusion of class members to avoid remoteness
- 72. Condition relating to death of surviving spouse
- 73. Saving and acceleration of expectant interests
- 74. Powers of appointment
- 75. Administrative powers of trustees
- 76. Options relating to land
- 77. Possibilities of reverter, conditions subsequent, exceptions and reservations
- 78. Accumulation of income
- 79. Interpretation and extent of Part VII

**Part VIII - Special Provisions**

- 80. Determination of proper law of trust
- 81. Change of proper law
- 82. Jurisdiction of court
- 83. Proper law to determine disposition of personal property
- 83A. Conflict of laws rules for certain trusts and dispositions. First Schedule
- 84. Purpose trusts
- 84A. Purpose trusts created on or after the commencement of this section.
- 85. Trustees to act by majority
- 86. Protector of trusts
- 87. Managing trustee
- 88. Successor trustee
- 89. Construction of power to amend trust
- 90. Exemption from income tax, etc.
- 91. Exemption from registration
- 92. Trust duty

**Part IX - Incorporation of Administrative Powers by Reference**

- 93. Incorporation by reference

**Part X - Trustees and Dealings with Third Parties**

- 94. Definitions
- 95. Transactions deemed to be properly entered into with trustees
- 96. Protection of persons dealing with trustees
- 97. Option provision concerning liability of trustees
- 98. Limitation of trustee's personal contractual liability
- 99. Protection from tortious liability
- 100. Provisions relating to the right of subrogation
- 101. Option power to vary trust for protection of creditors
- 102. Option power to create charges
- 103. Prohibition of amendment of applied sections
- 104. Application of Part

**Part XI - Charities**

- 105. Definitions
- 106. Occasions for applying property cy-pres
- 107. Power for the Court to authorise dealings with charity property, etc.
- 108. Power to spend capital
- 109. Application of Part

First Schedule

Second Schedule

**PART I - Preliminary**

**Short title.** 1. This Act may be cited as the Trustee Act.

**Interpretation.** 2. (1) In this Act -

“authorised investments” mean investments authorised by the instrument, if any, creating the trust for the investment of money subject to the trust, or by law;

“contingent right”, as applied to land includes a contingent or executory interest, a possibility coupled with an interest, whether the object of the gift or limitation of the interest, or possibility is or is not ascertained, also a right of entry, whether immediate or future, and whether vested or contingent;

“convey” and “conveyance” as applied to any person include the execution by that person of every necessary or suitable assurance (including an assent) for conveying, assigning, appointing, surrendering, or otherwise transferring or disposing of land whereof he is seized or possessed, or wherein he is entitled to a contingent right, either for his whole estate or for any less estate, together with the performance of all formalities required by law for the validity of the conveyance;

“Court” means the High Court or a Judge thereof;

“income” includes rents and profits;

“land” includes land of any tenure, houses and other buildings, mines and minerals, and other corporeal hereditaments; also a rent and other incorporeal hereditaments, and an easement, right, privilege, or benefit in, over, or derived from land, and also an undivided share in land; and in this definition “mines and minerals” include any strata or seam of minerals or substances in or under any land, and powers of working and winning the same; and hereditaments mean real property which under an intestacy devolve on the next of kin;

“mortgage” and “mortgagee” include a charge or chargee by way of mortgage and relate to every estate and interest regarded in equity as merely a security for money, and every person deriving title under the original mortgagee, and also include and relate to an encumbrance under the Title by Registration Act;

“pay” and “payment” as applied in relation to stocks and securities and in connexion with the expression “into court” include the deposit or transfer of the same in or into court;

“personal representative” means the executor or administrator for the time being of a deceased person;

“person resident in the Territory” means a person who ordinarily resides within the Territory or carries on business from an office or other fixed place of business within the Territory but does not include a company incorporated under the International Business Companies Act;

“possession” includes receipt of rents and profits or the right to receive the same, if any; and “possessed” applies to receipt of income of and to any vested estate less than a life interest in possession or in expectancy in any land;

“property” includes real and personal property, and any estate, share and interest in any property, real or personal, and any debt, and any thing in action, and any other right or interest, whether in possession or not;

“rights” include estates and interests;

“sale” includes an exchange;

“securities” include stocks, funds, and shares; and so far as relate to payments into court have the same meaning as in the enactments relating to funds in the Court; and “securities

## Legislazione

payable to bearer” include securities transferable by delivery or by delivery and endorsement;

“settlor” includes a person who transfers property by way of gift or who makes a testamentary disposition on trust or to a trust;

“stock” includes fully paid up shares, and so far as relates to vesting orders made by the Court under this Act, includes any fund, annuity, or security transferable in books kept by any company or society, or by instrument of transfer either alone or accompanied by other formalities, and any share or interest therein;

“transfer” in relation to stock or securities, includes the performance and execution of every deed, power of attorney, act, and thing on the part of the transferor to effect and complete the title in the transferee;

“trust for sale” in relation to land means an immediate binding trust for sale, whether or not exercisable at the request or with the consent of any person, and with or without power at discretion to postpone the sale;

“trustees for sale” means the persons (including a personal representative) holding land on trust for sale.

(2) For the purposes of this Act the term “trust” refers to the legal relationship created, either inter vivos or on death, by a settlor when assets have been placed under the control of a trustee for the benefit of a beneficiary or for a special purpose.

(3) A trust has the following characteristics:

(a) the assets constitute a separate fund and are not 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; and

(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 on him by law.

(4) 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.

(5) A trust does not include the duties incident to an estate conveyed by way of mortgage but it does extend to

(a) implied trusts;

(b) constructive trusts; and

(c) the duties incident to the office of a personal representative.

### PART II – Investments

**Authorised Investments. 3.** Subject to any provision contained in the instrument creating the trust, a trustee may at any time invest any portion of the trust funds in any kind of investment

(a) wherever the investment is situate; and

(b) whether or not at the time the funds are already in a state of investment;

and he may vary the investment or retain it in its original state as long as he exercises the diligence and prudence that a reasonable person would be expected to exercise in making an investment as if it were his own money.

**Investment in bearer securities. 4.** (1) A trustee may, unless expressly prohibited by the instrument creating the trust, retain

or invest in securities payable to bearer, which, if not so payable, would have been an authorised investment, except that securities to bearer retained or taken as an investment by a trustee shall, until sold, be retained in safe custody.

(1A) A direction that investments be retained or made in the name of a trustee shall not, for the purposes of subsection (1), be deemed to be an express prohibition.

(2) A trustee shall not be responsible for any loss incurred by reason of such deposit, and any sum payable in respect of such deposit and collection shall be paid out of the income of the trust property.

**Discretion of trustees. 5.** Every power conferred by the preceding sections shall be exercised according to the discretion of the trustee, but subject to any consent or direction required by the instrument, if any, creating the trust with respect to the investment of the trust funds.

**Power to retain investment which has ceased to be authorised. 6.** A trustee shall not be liable for breach of trust by reason only of his continuing to hold an investment which has ceased to be an investment authorised by the trust instrument or by the general law.

**Loans and investments by trustees not chargeable as breaches of trust. 7.** (1) A trustee lending money on the security of any property on which he can properly lend shall not be chargeable with breach of trust by reason only of the proportion borne by the amount of the loan to the value of the property at the time when the loan was made, if it appears to the Court -

(a) that in making the loan the trustee was acting upon a report as to the value of the property made by a person whom he reasonably believed to be an able practical surveyor or valuer instructed and employed independently of any owner of the property, whether such surveyor or valuer carried on business in the locality where the property is situate or elsewhere; and

(b) that the amount of the loan does not exceed two-third parts of the value of the property as stated in the report; and

(c) that the loan was made under the advice of the surveyor or valuer expressed in the report.

(2) A trustee shall not be chargeable with breach of trust only upon the ground that in effecting the purchase, or in lending money upon the security, of any property he has accepted a shorter title than the title which a purchaser is, in the absence of a special contract, entitled to require if in the opinion of the Court the title accepted be such as a person acting with prudence and caution would have accepted.

(3) This section applies to transfers of existing securities as well as to new securities and to investments made before as well as after the commencement of this Act.

**Liability for loss by reason of improper investment. 8.** (1) Where a trustee improperly advances trust money on a mortgage security which would at the time of the investment be a proper investment in all respects for a smaller sum than is actually advanced thereon, the security shall be deemed an authorised investment for the smaller sum, and the trustee shall only be liable to make good the sum advanced in excess thereof with interest.

(2) This section applies to investments made before as well as after the commencement of this Act.

**Powers supplementary of powers of investment. 9.** (1)

Trustees lending money on the security of any property on which they can lawfully lend may contract that such money shall not be called in during any period not exceeding seven years from the time when the loan was made, provided interest be paid within a specified time not exceeding thirty days after it becomes due, and provided there be no breach of any covenant by the mortgagor contained in the instrument of mortgage or charge for the maintenance and protection of the property.

(2) On a sale of land for an estate in fee simple, trustees may, where the proceeds are liable to be invested, contract that the payment of any part, not exceeding two-thirds, of the purchase money shall be secured by a charge by way of first mortgage of the land sold, with or without the security of any other property, such charge or mortgage, if any buildings are comprised in the mortgage, to contain a covenant by the mortgagor to keep them insured against loss or damage by fire to the full value thereof.

The trustees shall not be bound to obtain any report as to the value of the land or other property to be comprised in such charge or mortgage, or any advice as to the making of the loan, and shall not be liable for any loss which may be incurred by reason only of the security being insufficient at the date of the charge or mortgage.

(3) Where any securities of a company are subject to a trust, the trustees may concur in any scheme or arrangement -

(a) for the reconstruction of the company,

(b) for the sale of all or any part of the property and undertaking of the company to another company,

(c) for the amalgamation of the company with another company, or

(d) for the release, modification, or variation of any rights, privileges or liabilities attached to the securities or any of them,

in like manner as if they were entitled to such securities beneficially, with power to accept any securities of any denomination or description of the reconstructed or purchasing or new company in lieu of or in exchange for all or any of the first-mentioned securities; and the trustees shall not be responsible for any loss occasioned by any act or thing so done in good faith, and may retain any securities so accepted as aforesaid for any period for which they could have properly retained the original securities.

(4) If any conditional or preferential right to subscribe for any securities in any company is offered to trustees in respect of any holding in such company, they may as to all or any of such securities, either exercise such right and apply capital money subject to the trust in payment of the consideration, or renounce such right, or assign for the best consideration that can be reasonably obtained the benefit of such right or the title thereto to any person, including any beneficiary under the trust, without being responsible for any loss occasioned by any act or thing so done by them in good faith.

Provided that the consideration for any such assignment shall be held as capital money of the trust.

(5) The powers conferred by this section shall be exercisable subject to the consent of any person whose consent to a change of investment is required by law or by the instrument, if any, creating the trust.

(6) Where the loan referred to in subsection (1), or the sale referred to in subsection (2), is made under the order of the Court, the powers conferred by those subsections respectively shall apply only if and as far as the Court may by order direct.

**Power to deposit money at bank and to pay calls. 10.** (1) Trustees may, pending the negotiation and preparation of any mortgage or charge, or during any other time while an investment is being sought for, pay any trust money into a bank to a deposit or other account, and all interest, if any, payable in respect thereof shall be applied as income.

(2) Trustees may apply capital money subject to a trust in payment of the calls on any shares subject to the same trust.

### **PART III - General Powers of Trustees and Personal Representatives**

#### **General Powers**

**Power of trustees for sale to sell by auction or private contract. 11.** (1) Where a trust for sale or a power of sale of property is vested in a trustee, he may sell or concur with any other person in selling all or any part of the property, either subject to prior charges or not, and either together or in lots, by public auction or by private contract, subject to any such conditions respecting title or evidence of title or other matter as the trustee thinks fit, with power to vary any contract for sale, and to buy in at any auction, or to rescind any contract for sale and to re-sell, without being answerable for any loss.

(2) A trust or power to sell or dispose of land includes a trust or power to sell or dispose of part thereof, whether the division is horizontal, vertical, or made in any other way.

**Power to postpone sale. 12.** (1) A power to postpone sale shall, in the case of every trust for sale of land, be implied unless a contrary intention appears.

(2) Where there is a power to postpone the sale then (subject to any express direction to the contrary in the instrument, if any, creating the trust for sale) the trustees for sale shall not be liable in any way for postponing the sale, in the exercise of their discretion, for any indefinite period; nor shall a purchaser of a legal estate be concerned in any case with any directions respecting the postponement of a sale.

(3) The foregoing provisions of this section apply whether the trust for sale is created before or after the commencement of this Act.

(4) Where a disposition or settlement coming into operation after the commencement of this Act contains a trust either to retain or sell land the same shall be construed as a trust to sell the land with power to postpone the sale.

**Trust for sale of mortgaged property where right of redemption is barred. 13.** (1) Where any property, vested in trustees by way of security, becomes, by virtue of any enactment relating to the limitation of actions, or of an order for foreclosure or otherwise, discharged from the right of redemption, it shall be held by them on trust for sale.

(2) The net proceeds of sale, after payment of costs and expenses, shall be applied in like manner as the mortgage debt, if received, would have been applicable, and the income of the property until sale shall be applied in like manner as the interest, if received, would have been applicable; but this subsection operates without prejudice to any rule of law relating to the apportionment of capital and income between tenant for life and remainderman.

(3) This section does not affect the right of any person to require that, instead of a sale, the property shall be conveyed to him or in accordance with his directions.

## Legislazione

### **Power to sell subject to depreciatory conditions. 14. (1)**

No sale made by a trustee shall be impeached by any beneficiary upon the ground that any of the conditions subject to which the sale was made may have been unnecessarily depreciatory, unless it also appears that the consideration for the sale was thereby rendered inadequate.

(2) No sale made by a trustee shall, after the execution of the conveyance, be impeached as against the purchaser upon the ground that any of the conditions subject to which the sale was made may have been unnecessarily depreciatory, unless it appears that the purchaser was acting in collusion with the trustee at the time when the contract for sale was made.

(3) No purchaser, upon any sale made by a trustee, shall be at liberty to make any objection against the title upon any of the grounds aforesaid.

(4) This section applies to sales made before or after the commencement of this Act.

**Power of trustees to give receipts. 15. (1)** The receipt in writing of a trustee for any money, securities, or other personal property or effects payable, transferable, or deliverable to him under any trust or power shall be a sufficient discharge to the person paying, transferring, or delivering the same and shall effectually exonerate him from seeing to the application or being answerable for any loss or misapplication thereof.

(2) This section applies notwithstanding anything to the contrary in the instrument, if any, creating the trust.

**Power to compound liabilities. 16.** A personal representative, or two or more trustees acting together (or in the case of a trust created on or after the date on which section 3 of the Trustee (Amendment) Act, 2003 comes into force, a personal representative or a trustee) may, if and as he or they think fit -

(a) accept any property, real or personal, before the time at which it is made transferable or payable; or

(b) sever and apportion any blended trust funds or property; or

(c) pay or allow any debt or claim on any evidence that he or they think sufficient; or

(d) accept any composition or any security, real or personal, for any debt or for any property, real or personal, claimed; or

(e) allow any time of payment of any debt; or

(f) compromise, compound, abandon, submit to arbitration, or otherwise settle any debt, account, claim, or thing whatever relating to the testator's or intestate's estate or to the trust;

and for any of those purposes may enter into, give, execute, and do such agreements, instruments of composition or arrangement, releases, and other things as to him or them seem expedient, without being responsible for any loss occasioned by any act or thing so done by him or them in good faith.

### **Power to raise money by sale, mortgage, or otherwise. 17.**

(1) Where trustees are authorised by the instrument, if any, creating the trust or by law to pay or apply capital money subject to the trust for any purpose or in any manner, they shall have and shall be deemed always to have had power to raise the money required by sale, conversion, calling in, or mortgage of all or any part of the trust property for the time being in possession.

(2) This section applies notwithstanding anything to the contrary contained in the instrument, if any, creating the trust.

**Validation of appointment where objects are excluded or take illusory shares. 18. (1)** No appointment made in exercise

of any power to appoint any property among two or more objects shall be invalid on the ground that

(a) an unsubstantial, illusory or nominal share only is appointed to or left unappointed to devolve upon any one or more of the objects of the power; or

(b) any object of the power is thereby altogether excluded, but every such appointment shall be valid notwithstanding that any one or more of the objects is not thereby, or in default of appointment, to take any share in the property,

(2) No selection made in exercise of any power to select among two or more beneficiaries shall be invalid on the ground that any beneficiary is thereby altogether excluded.

(3) This section does not affect any provision in the instrument creating the power which declares the amount or the share or shares, or any selection, from which any object of the power is not to be excluded.

(4) In this section, "share" shall include a contingent or limited interest in capital or income.

(5) This section applies to appointments made before, on or after the date on which this section comes into force.

**Devolution of powers or trusts. 19. (1)** Where a power or trust is given to or imposed on two or more trustees jointly, the same may be exercised or performed by the survivors or survivor of them for the time being.

(2) Until the appointment of new trustees, the personal representatives or representative for the time being of a sole trustee, or, where there were two or more trustees, of the last surviving or continuing trustee, shall be capable of exercising or performing any power or trust which was given to, or capable of being exercised by, the sole or last surviving or continuing trustee, or other the trustees or trustee for the time being of the trust.

(3) In this section "personal representative" does not include an executor who has renounced or has not proved.

**Power to insure. 20. (1)** A trustee may insure against loss or damage by fire any buildings or other insurable property to any amount, including the amount of any insurance already on foot, not exceeding the value of the building or property, and pay the premiums for such insurance out of the income thereof or out of the income of any other property subject to the same trusts without obtaining the consent of any person who may be entitled wholly or partly to such income.

(2) This section does not apply to any building or property which a trustee is bound forthwith to convey absolutely to any beneficiary upon being requested to do so.

**Application of insurance money where policy kept up under any trust, power or obligation. 21. (1)** Money receivable by trustees or any beneficiary under a policy of insurance against the loss or damage of any property subject to a trust or to a settlement whether by fire or otherwise, shall, where the policy has been kept up under any trust in that behalf or under any power statutory or otherwise, or in performance of any covenant or of any obligation statutory or otherwise, or by a tenant for life impeachable for waste, be capital money for the purposes of the trust or settlement, as the case may be.

(2) If any such money is receivable by any person, other than the trustees of the trust or settlement, that person shall use his best endeavours to recover and receive the money and shall pay the net residue thereof, after discharging any costs of recovering

and receiving in, to the trustees of the trust or settlement, or, if there are not trustees capable of giving a discharge therefor, into Court.

(3) Any such money -

(a) if it was receivable in respect of property held upon trust for sale, shall be held upon the trusts and subject to the powers and provisions applicable to money arising by a sale under such trust;

(b) in any other case, shall be held upon trusts corresponding as nearly as may be with the trusts affecting the property in respect of which it was payable.

(4) Such money, or any part thereof, may also be applied by the trustees, or, if in Court, under the direction of the Court, in rebuilding, reinstating, replacing, or repairing the property lost or damaged, but any such application by the trustees shall be subject to the consent of any person whose consent is required by the instrument, if any, creating the trust to the investment of money subject to the trust.

(5) Nothing contained in this section shall prejudice or affect the right of any person to require any such money or any part thereof to be applied in rebuilding, reinstating, or repairing the property lost or damaged, or the rights of any mortgagee, lessor, or lessee, whether under any law or otherwise.

(6) This section applies to policies effected either before or after the commencement of this Act, but only to money received after such commencement.

**Deposit of documents for safe custody. 22.** Trustees may deposit any documents held by them relating to the trust, or to trust property, with any banker or banking company or any other company whose business includes the undertaking of the safe custody of documents, and any sum payable in respect of such deposit shall be paid out of the income of the trust property.

**Reversionary interests, valuations, and audit. 23. (1)** Where trust property includes any share or interest in property not vested in the trustees, or the proceeds of the sale of any such property, or any other thing in action, the trustees on the same falling into possession or becoming payable or transferable may -

(a) agree or ascertain the value thereof or any part thereof in such manner as they may think fit;

(b) accept in or towards satisfaction thereof, at the market or current value, or upon any valuation or estimate or value which they may think fit, any authorised investments;

(c) allow any deductions for duties, costs, charges and expenses which they think proper or reasonable;

(d) execute any release in respect of the premises so as effectually to discharge all accountable parties from all liability in respect of any matters coming within the scope of such release,

without being responsible in any such case for any loss occasioned by any act or thing so done by them in good faith.

(2) The trustees shall not be under any obligation and shall not be chargeable with any breach of trust by reason of any omission -

(a) to place any distringas notice or apply for any stop or other like order upon any securities or other property out of or in which such share or interest or other thing in action as aforesaid is derived, payable or charged; or

(b) to take any proceedings on account of any act, default, or neglect on the part of the persons in whom such securities or

other property or any of them or any part thereof are for the time being, or had at any time been, vested,

unless and until required in writing so to do by some person, or the guardian of some person, beneficially interested under the trust, and unless also due provision is made to their satisfaction for payment of the costs of any proceedings required to be taken.

Provided that nothing in this subsection shall relieve the trustees of the obligation to get in and obtain payment or transfer of such share or interest or other thing in action on the same falling into possession.

(3) Trustees may, for the purpose of giving effect to the trust, or any of the provisions of the instrument, if any, creating the trust or of any law, from time to time (by duly qualified agents) ascertain and fix the value of any trust property in such manner as they think proper, and any valuation so made in good faith shall be binding upon all persons interested under the trust.

(4) Trustees may, in their absolute discretion, from time to time, but not more than once in every three years unless the nature of the trust or any special dealings with the trust property make a more frequent exercise of the right reasonable, cause the accounts of the trust property to be examined or audited by an independent accountant, and shall, for that purpose, produce such vouchers and give such information to him as he may require; and the costs of such examination or audit including the fee of the auditor, shall be paid out of the capital or income of the trust property, or partly in one way and partly in the other, as the trustees, in their absolute discretion, think fit, but, in default of any direction by the trustees to the contrary in any special case, costs, attributable to capital shall be borne by capital and those attributable to income by income.

**Powers to employ agents. 24. (1)** Trustees or personal representatives may, instead of acting personally, employ and pay an agent, whether a solicitor, banker, stockbroker, or other person, to transact any business or do any act required to be transacted or done in the execution of the trust, or the administration of the testator's or intestate's estate, including the receipt and payment of money, and shall be entitled to be allowed and paid all charges and expenses so incurred, and shall not be responsible for the default of any such agent if employed in good faith.

(2) Trustees or personal representatives may appoint any person to act as their agent or attorney for the purpose of selling, converting, collecting, getting in, and executing and perfecting assurances of, or managing or cultivating, or otherwise administering, any property subject to the trust or forming part of the testator's or intestate's estate in any place outside the Territory, or executing or exercising any discretion or trust or power vested in them in relation to any such property, with such ancillary powers, and with and subject to such provisions and restrictions as they may think fit, including a power to appoint substitutes, and shall not, by reason only of their having made such appointment, be responsible for any loss arising thereby.

(3) Without prejudice to such general power of appointing agents as aforesaid -

(a) a trustee may appoint a solicitor to be his agent to receive and give a discharge for any money or valuable consideration or property receivable by the trustee under the trust, by permitting the solicitor to have the custody of, and to produce a deed having in the body thereof or endorsed thereon a receipt for such

## Legislazione

money or valuable consideration or property, the deed being executed, or the endorsed receipt being signed, by the person entitled to give a receipt for that consideration;

(b) a trustee shall not be chargeable with breach of trust by reason only of his having made or concurred in making any such appointment; and the production of any such deed by the solicitor shall have the same statutory validity and effect as if the person appointing the solicitor had not been a trustee;

(c) a trustee may appoint a banker or solicitor to be his agent to receive and give a discharge for any money payable to the trustee under or by virtue of a policy of insurance, by permitting the banker or solicitor to have the custody of and to produce the policy of insurance with a receipt signed by the trustee, and a trustee shall not be chargeable with a breach of trust by reason only of his having made or concurred in making such appointment.

Provided that nothing in this subsection shall exempt a trustee from any liability which he would have incurred if this Act had not been passed, in case he permits any such money, valuable consideration, or property to remain in the hands or under the control of the banker or solicitor for a period longer than is reasonably necessary to enable the banker or solicitor, as the case may be, to pay or transfer the same to the trustee.

This subsection applies whether the money or valuable consideration or property was or is received before or after the commencement of this Act.

**Power to concur with others. 25.** Where an undivided share in the proceeds of sale of land directed to be sold, or in any other property, is subject to a trust, or forms part of the estate of a testator or intestate, the trustees or personal representative may (without prejudice to the trust for sale affecting the entirety of the land and the powers of the trustees for sale in reference thereto) execute or exercise any trust or power vested in them in relation to such share in conjunction with the persons entitled to or having power in that behalf over the other share or shares, and notwithstanding that any one or more of the trustees or personal representatives may be entitled to or interested in any such other share, either in his or their own right or in a fiduciary capacity.

**Power to delegate trusts during absence abroad. 26.** (1) A trustee may, notwithstanding any rule of law or equity to the contrary, by power of attorney delegate to any person the execution or exercise of all or any trusts, powers and discretions vested in him as such trustee, either alone or jointly with any other person.

(2) The donor of a power of attorney given under this section shall be liable for the acts or defaults of the donee in the same manner as if they were the acts or defaults of the donor.

(3) deleted.

(4) In favour of any person dealing with the donee, any act done or instrument executed by the donee shall, notwithstanding that the power has never come into operation or has become revoked by the act of the donor or by his death or otherwise, be as valid and effectual as if the donor were alive and of full capacity, and had himself done such act or executed such instrument, unless such person had actual notice that the power had never come into operation or of the revocation of the power before such act was done or instrument executed.

(5) For the purpose of executing or exercising the trusts or

powers delegated to him, the donee may exercise any of the powers conferred on the donor as trustee by law or by the instrument creating the trust, including power, for the purpose of the transfer of any inscribed stock, himself to delegate to an attorney power of transfer but not including the power to delegation conferred by this section.

(6) The fact that it appears from any power of attorney given under this section that in dealing with any stock the donee of the power is acting in the execution of a trust shall not be deemed for any purpose to affect any person in whose books the stock is inscribed or registered with any notice of the trust.

### Indemnities.

**Protection against liability in respect of rents and covenants. 27.** (1) Where a personal representative or trustee liable as such for -

(a) any rent, covenant, or agreement reserved by or contained in any lease; or

(b) any rent, covenant or agreement payable under or contained in any grant made in consideration or a rent-charge; or

(c) any indemnity given in respect of any rent, covenant or agreement referred to in either of the foregoing paragraphs,

satisfies all liabilities under the lease or grant which may have accrued, or been claimed, up to the date of the conveyance hereinafter mentioned, and, where necessary, sets apart a sufficient fund to answer any future claim that may be made in respect of any fixed and ascertained sum which the lessee or grantee agreed to lay out on the property demised or granted, although the period for laying out the same may not have arrived, then and in any such case the personal representative or trustee may convey the property demised or granted to a purchaser, legatee, devisee, or other person entitled to call for a conveyance thereof, and thereafter -

(i) he may distribute the residuary real and personal estate of the deceased testator or intestate, or, as the case may be, the trust estate (other than the fund, if any, set apart as aforesaid) to or amongst the persons entitled thereto, without appropriating any part, or any further part, as the case may be, of the estate of the deceased or of the trust estate to meet any future liability under the said lease or grant;

(ii) notwithstanding such distribution, he shall not be personally liable in respect of any subsequent claim under the said lease or grant.

(2) This section operates without prejudice to the right, of the lessor or grantor, or the persons deriving title under the lessor or grantor, to follow the assets of the deceased or the trust property into the hands of the persons amongst whom the same may have been respectively distributed, and applies notwithstanding anything to the contrary in the will or other instrument, if any, creating the trust.

(3) In this section "lease" includes an underlease and an agreement for a lease or underlease and any instrument giving any such indemnity as aforesaid or varying the liabilities under the lease; "grant" applies to a grant whether the rent is created by limitation, grant, reservation, or otherwise, and includes an agreement for a grant and any instrument giving any such indemnity as aforesaid or varying the liabilities under the grant; "lessee" and "grantee" include persons respectively deriving title under them.

**Protection by means of advertisement. 28.** (1) With a view to the conveyance to or distribution among the persons entitled to any real or personal property, the trustees of a settlement or of a disposition on trust for sale, or personal representatives, may give notice by advertisement in the Gazette, and in a local newspaper, and such other like notices, including notices elsewhere than in the Territory, as would, in any special case, have been directed by the Court in an action for administration, of their intention to make such conveyance or distribution as aforesaid, and requiring any person interested to send to the trustees or personal representatives within the time, not being less than twenty-eight days, fixed in the notice, or, where more than one notice is given, in the last of the notices, particulars of his claim in respect of the property or any part thereof to which the notice relates.

(2) At the expiration of the time fixed by the notice the trustees or personal representatives may convey or distribute the property or any part thereof to which the notice relates, to or among the persons entitled thereto, having regard only to the claims, whether formal or not, of which the trustees or personal representatives then had notice and shall not, as respects the property so conveyed or distributed, be liable to any person of whose claim the trustees or personal representatives have not had notice at the time of conveyance or distribution; but nothing in this section prejudices the right of any person to follow the property, or any property representing the same, into the hands of any person who may have received it.

(3) This section applies notwithstanding anything to the contrary in the will or other instrument, if any, creating the trust.

**Protection in regard to notice. 29.** A trustee or personal representative acting for the purposes of more than one trust or estate shall not, in the absence of fraud, be affected by notice of any instrument, matter, fact or thing in relation to any particular trust, or estate if he has obtained notice thereof merely by reason of his acting or having acted for the purposes of another trust or estate.

**Exoneration of trustees in respect of certain powers of attorney. 30.** A trustee acting or paying money in good faith under or in pursuance of any power of attorney shall not be liable for any such act or payment by reason of the fact that at the time of the act or payment the person who gave the power of attorney was subject to any disability, or bankrupt, or dead, or had done or suffered some act or thing to avoid the power, if this fact was not known to the trustee at the time of his so acting or paying.

Provided that -

(a) nothing in this section shall affect the right of any person entitled to the money against the person to whom the payment is made;

(b) the person so entitled shall have the same remedy against the person to whom the payment is made as he would have had against the trustee.

**Implied indemnity of trustees. 31.** (1) A trustee shall be chargeable only for money and securities actually received by him notwithstanding his signing any receipt for the sake of conformity, and shall be answerable and accountable only for his own acts, receipts, neglects, or defaults, and not for those of any other trustee, nor for any banker, broker, or other person with whom any trust money or securities may be deposited, nor for any other loss, unless the same happens through his own wilful default.

(2) A trustee may reimburse himself or pay or discharge out of the trust premises all expenses incurred in or about the execution of the trusts or powers.

**Maintenance, advancement and protective trusts**

**Power to apply income for maintenance and to accumulate surplus income during a minority. 32.** (1) Where any property is held by trustees in trust for any person for any interest whatsoever, whether vested or contingent, then, subject to any prior interests or charges affecting that property -

(a) during the infancy of any such person, if his interest so long continues, the trustees may, at their sole discretion, pay to his parent or guardian, if any, or otherwise apply for or towards his maintenance, education, or benefit, the whole or such part, if any, of the income of that property as may, in all the circumstances, be reasonable, whether or not there is -

(i) any other fund applicable to the same purpose, or

(ii) any person bound by law to provide for his maintenance or education; and

(b) if such person on attaining the age of twenty-one years has not a vested interest in such income, the trustees shall thenceforth pay the income of that property and of any accretion thereto under subsection (2) to him, until he either attains a vested interest therein or dies, or until failure of his interest.

Provided that in deciding whether the whole or any part of the income of the property is during a minority to be paid or applied for the purposes aforesaid, the trustees shall have regard to the age of the infant and his requirements and generally to the circumstances of the case, and in particular to what other income, if any, is applicable for the same purposes; and where trustees have notice that the income of more than one fund is applicable for this purpose, then so far as practicable, unless the entire income of the funds is paid or applied as aforesaid or the Court otherwise directs, a proportionate part only of the income of each fund shall be so paid or applied.

(2) During the infancy of any such person, if his interest so long continues, the trustees shall accumulate all the residue of that income in the way of compound interest by investing the same and the resulting income thereof from time to time in authorised investments, and shall hold those accumulations as follows -

(a) if any such person -

(i) attains the age of twenty-one years, or marries under that age, and his interest in such income during his infancy or until his marriage is a vested interest, or

(ii) on attaining the age of twenty-one years or on marriage under that age becomes entitled to the property from which such income arose in fee simple, absolute or determinable, or absolutely, or for an entailed interest,

the trustees shall hold the accumulations in trust for such person absolutely, and so that the receipt of such person after marriage, and though still an infant, shall be a good discharge;

(b) and in any other case the trustees shall, notwithstanding that such person had a vested interest in such income, hold the accumulations as an accretion to the capital of the property from which such accumulations arose, and as one fund with such capital for all purposes, and so that, if such property is settled land, such accumulations shall be held upon the same trusts as if the same were capital money arising therefrom;

## Legislazione

but the trustees may, at any time during the infancy of such person, if his interest so long continues, apply those accumulations, or any part thereof, as if they were income arising in the then current year.

(3) This section applies in the case of a contingent interest only if the limitation or trust carries the intermediate income of the property, but it applies to a future or contingent legacy by the parent of, or a person standing in loco parentis to, the legatee, if and for such period as, under the general law, the legacy carries interest for the maintenance of the legatee, and in any such case as last aforesaid the rate of interest shall (if the income available is sufficient, and subject to any rules of court to the contrary) be five per cent per annum.

(4) This section applies to a vested annuity in like manner as if the annuity were the income of property held by trustees in trust to pay the income thereof to the annuitant for the same period for which the annuity is payable, save that in any case accumulations made during the infancy of the annuitant shall be held in trust for the annuitant or his personal representatives absolutely.

**Power of advancement. 33.** (1) Trustees may at any time or times pay or apply any capital money subject to a trust, for the advancement or benefit in such manner as they may, in their absolute discretion, think fit, of any person entitled to the capital of the trust property or of any share thereof, whether absolutely or contingently on his attaining any specified age or on the occurrence of any other event, or subject to a gift over on his death under any specified age or on the occurrence of any other event, and whether in possession or in remainder or reversion, and such payment or application may be made notwithstanding that the interest of such person is liable to be defeated by the exercise of a power of appointment or revocation, or to be diminished by the increase of the class to which he belongs.

Provided that -

(a) the money so paid or applied for the advancement or benefit of any person shall not exceed altogether in amount one-half of the presumptive or vested share or interest of that person in the trust property; and

(b) if that person is or becomes absolutely and indefensibly entitled to a share in the trust property the money so paid or applied shall be brought into account as part of such share; and

(c) no such payment or application shall be made so as to prejudice any person entitled to any prior life or other interest whether vested or contingent, in the money paid or applied unless such person is in existence and of full age and consents in writing to such payment or application.

(2) This section applies only where the trust property consists of money or securities or of property held upon trust for sale, calling in and conversion, and such money or securities, or the proceeds of such sale, calling in and conversion are not by law or in equity considered as land.

**Protective trusts. 34.** (1) Where any income, including an annuity or other periodical income payment, is directed to be held on protective trusts for the benefit of any person (in this section called "the principal beneficiary") for the period of his life or for any less period, then, during that period (in this section called the "trust period") the said income shall, without prejudice to any prior interest, be held on the following trusts, namely -

(a) upon trust for the principal beneficiary during the trust period or until he, whether before or after the termination of any prior interest, does or attempts to do or suffers any act or thing, or until any event happens, other than an advance under any statutory or express power, whereby, if the said income were payable during the trust period to the principal beneficiary absolutely during that period, he would be deprived of the right to receive the same or any part thereof, in any of which cases, as well as on the termination of the trust period, whichever first happens, this trust of the said income shall fail or determine;

(b) if the trust aforesaid fails or determines during the subsistence of the trust period, then, during the residue of that period, the said income shall be held upon trust for the application thereof for the maintenance or support, or otherwise for the benefit, of all or any one or more exclusively of the other or others of the following persons (that is to say) -

(i) the principal beneficiary and his or her wife or husband, if any, and his or her children or more remote issue, if any, or

(ii) if there is no wife or husband or issue of the principal beneficiary in existence, the principal beneficiary and the persons who would, if he were actually dead, be entitled to the trust property or the income thereof or to the annuity fund, if any, or arrears of the annuity, as the case may be, as the trustees in their absolute discretion, without being liable to account for the exercise of such discretion, think fit.

(2) This section does not apply to trusts coming into operation before the commencement of this Act, and has effect subject to any variation of the implied trusts aforesaid contained in the instrument creating the trust.

(3) Nothing in this section operates to validate any trusts which would, if contained in the instrument creating the trust, be liable to be set aside.

### PART IV - Appointment and Discharge of Trustees

**Limitation of the number of trustees. 35.** (1) Where, at the commencement of this Act, there are more than four trustees of a settlement of land, or more than four trustees holding land on trust for sale, no new trustees shall (except where as a result of the appointment the number is reduced to four or less) be capable of being appointed until the number is reduced to less than four, and thereafter the number shall not be increased beyond four.

(2) In the case of settlements and dispositions on trust for sale of land made or coming into operation after the commencement of this Act -

(a) the number of trustees thereof shall not in any case exceed four, and where more than four persons are named as such trustees, the four first named (who are able and willing to act) shall alone be the trustees, and the other persons named shall not be trustees unless appointed on the occurrence of a vacancy;

(b) the number of the trustees shall not be increased beyond four.

(3) This section only applies to settlements and dispositions of land, and the restrictions imposed on the number of trustees do not apply -

(a) in the case of land vested in trustees for charitable, ecclesiastical, or public purposes; or

(b) where the net proceeds of the sale of the land are held for like purposes.

**Power of appointing new or additional trustees. 36.** (1) Where a trustee, either original or substituted, and whether appointed by the Court or otherwise is dead, or remains out of the Territory for more than twelve months, or desires to be discharged from all or any of the trusts or powers reposed in or conferred on him, or refuses or is unfit to act therein, or is incapable of acting therein, or is an infant, then, subject to the restrictions imposed by this Act on the number of trustees -

(a) the person or persons nominated for the purpose of appointing new trustees by the instrument, if any, creating the trust, or

(b) if there is no such person, or no such person able and willing to act, then the surviving or continuing trustee or trustees for the time being, or the personal representatives of the last surviving or continuing trustee,

may, by deed, appoint one or more other persons (whether or not being the persons exercising the power) to be a trustee or trustees in the place of the trustee so deceased, remaining out of the Territory, desiring to be discharged, refusing, or being unfit or being incapable, or being an infant, as aforesaid.

(2) Where a trustee has been removed under a power contained in the instrument creating the trust, a new trustee, or new trustees, may be appointed in the place of the trustee who is removed, as if he were dead, or, in the case of a corporation, as if the corporation desired to be discharged from the trust, and the provisions of this section shall apply accordingly, but subject to the restrictions imposed by this Act on the number of trustees.

(3) Where a corporation being a trustee is or has been dissolved, either before or after the commencement of this Act, then, for the purposes of this section, the corporation shall be deemed to be and to have been from the date of the dissolution incapable of acting in the trusts or powers reposed in or conferred on the corporation.

(4) The power of appointment given by subsection (1) or any similar previous enactment to the personal representatives of a last surviving or continuing trustee shall be and shall be deemed always to have been exercisable by the executors for the time being (whether original or by representation) of such surviving or continuing trustee, who have proved the will of their testator or by the administrators for the time being of such trustee without the concurrence of any executor who has renounced or has not proved.

(5) Where a sole trustee is or has been originally appointed to act in a trust, or where, in the case of any trust, there are not more than three trustees either original or substituted and whether appointed by the Court or otherwise, then and in such case -

(a) the person or persons nominated for the purpose of appointing new trustees by the instrument, if any, creating the trust, or

(b) if there is no such person, or no such person able and willing to act, then the trustee or trustees for the time being,

may, by deed, appoint another person or other persons to be an additional trustee or additional trustees, but it shall not be obligatory to appoint any additional trustee, unless the instrument, if any, creating the trust provides to the contrary, nor shall the number of trustees be increased beyond four by virtue of any such appointment.

(6) Every new trustee appointed under this section as well

before as after all the trust property becomes by law, or by assurance, or otherwise, vested in him, shall have the same powers, authorities, and discretions, and may in all respects act as if he had been originally appointed a trustee by the instrument, if any, creating the trust.

(7) The provisions of this section relating to a trustee who is dead include the case of a person nominated trustee in a will but dying before the testator, and those relative to a continuing trustee include a refusing or retiring trustee, if willing to act in the execution of the provisions of this section.

(8) Where a person of unsound mind, being a trustee, is also entitled in possession to some beneficial interest in the trust property, no appointment of a new trustee in his place shall be made by the continuing trustees or trustee, under this section, unless leave has been given by the Court to make the appointment.

**Power to appoint trustees of property belonging to infants or to persons out of the Territory. 37.** (1) Where an infant or a person out of the Territory is absolutely entitled under the will or on the intestacy of a person dying before or after the commencement of this Act (in this subsection called "the deceased") to a devise or legacy, or to the residue of the estate of the deceased, or any share therein, and such devise, legacy, residue or share is not under the will, if any, of the deceased, devised or bequeathed to trustees for the infant or the person out of the Territory, the personal representatives of the deceased may by writing appoint two or more persons not exceeding four (whether or not including the personal representatives or one or more of the personal representatives), to be the trustee or trustees of such devise, legacy, residue or share for the infant or the person out of the Territory, and may execute or do any assurance or thing requisite for vesting such devise, legacy, residue or share in the trustee or trustees so appointed.

On such appointment the personal representatives, as such, shall be discharged from all further liability in respect of such devise, legacy, residue or share, and the same may be retained in its existing condition or state of investment, or may be converted into money, and such money may be invested in any investment authorised by this Act.

(2) Where a personal representative has before the commencement of this Act retained or sold any such devise, legacy, residue or share, and invested the same or the proceeds thereof in any investments in which he was authorised to invest money subject to the trust, then, subject to any order of the Court made before such commencement, he shall not be deemed to have incurred any liability on that account, or by reason of not having paid or transferred the money or property into Court.

**Supplemental provisions as to appointment of trustees. 38.** On the appointment of a trustee for the whole or any part of trust property -

(a) the number of trustees may, subject to the restrictions imposed by this Act on the number of trustees, be increased; and

(b) a separate set of trustees, not exceeding four, may be appointed for any part of the trust property held on trusts distinct from those relating to any other part or parts of the trust property, notwithstanding that no new trustees or trustee are or is to be appointed for other parts of the trust property, and any existing trustee may be appointed or remain one of such separate set of trustees or, if only one trustee was originally appointed,

## Legislazione

then save as hereinafter provided, one separate trustee may be so appointed; and

(c) it shall not be obligatory to appoint more than one new trustee where only one trustee was originally appointed, or to fill up the original number of trustees where more than two trustees were originally appointed; and

(d) any assurance or thing requisite for vesting the trust property, or any part thereof, in a sole trustee, or jointly in the persons who are the trustees, shall be executed or done.

**Evidence as to a vacancy in a trust. 39.** (1) A statement, contained in any instrument coming into operation after the commencement of this Act by which a new trustee is appointed for any purpose connected with land, to the effect that a trustee has remained out of the Territory for more than twelve months or refuses or is unfit to act, or is incapable of acting, or that he is not entitled to a beneficial interest in the trust property in possession, shall, in favour of a purchaser of a legal estate, be conclusive evidence of the matter stated.

(2) In favour of such purchaser any appointment of a new trustee depending on that statement, and any vesting declaration, express or implied, consequent on the appointment, shall be valid.

**Retirement of trustee without a new appointment. 40.** (1) Where a trustee is desirous of being discharged from the trust then, if such trustee as aforesaid by deed declares that he is desirous of being discharged from the trust, and if his co-trustees and such other person, if any, as is empowered to appoint trustees, by deed consent to the discharge of the trustee, and to the vesting in the co-trustees alone of the trust property, the trustee desirous of being discharged shall be deemed to have retired from the trust, and shall, by the deed, be discharged therefrom under this Act, without any new trustee being appointed in his place.

(2) Any assurance or thing requisite for vesting the trust property in the continuing trustees alone shall be executed or done.

**Vesting of trust property in new or continuing trustees. 41.** (1) Where by a deed a new trustee is appointed to perform any trust, then -

(a) if the deed contains a declaration by the appointer to the effect that any estate or interest in any land subject to the trust, or in any chattel so subject, or the right to recover or receive any debt or other thing in action so subject, shall vest in the persons who by virtue of the deed become or are the trustees for performing the trust, the deed shall operate, without any conveyance or assignment, to vest in those persons as joint tenants and for the purposes of the trust the estate, interest or right to which the declaration relates; and

(b) if the deed is made after the commencement of this Act and does not contain such a declaration, the deed shall, subject to any express provisions to the contrary therein contained, operate as if it had contained such a declaration by the appointer extending to all the estates, interests and rights with respect to which a declaration could have been made.

(2) Where by a deed a retiring trustee is discharged under the statutory power without a new trustee being appointed, then -

(a) if the deed contains such a declaration as aforesaid by the retiring and continuing trustees, and by the other person, if any, empowered to appoint trustees, the deed shall, without any

conveyance or assignment, operate to vest in the continuing trustees alone, as joint tenants, and for the purposes of the trust, the estate, interest or right to which the declaration relates; and

(b) if the deed is made after the commencement of this Act and does not contain such a declaration, the deed shall, subject to any express provision to the contrary therein contained, operate as if it had contained such a declaration by such persons as aforesaid extending to all the estates, interest and rights with respect to which a declaration could have been made.

(3) An express vesting declaration whether made before or after the commencement of this Act, shall, notwithstanding that the estate, interest and right to be vested is not expressly referred to, and provided that the other statutory requirements were or are complied with, operate and be deemed always to have operated (but without prejudice to any express provisions to the contrary contained in the deed of appointment or discharge) to vest in the persons respectively referred to in subsections (1) and (2), as the case may require, such estates, interest and rights as are capable of being and ought to be vested in those persons.

(4) This section does not extend -

(a) to land conveyed by way of mortgage for securing money subject to the trust, except land conveyed on trust for securing debentures or debenture stock;

(b) to land held under a lease which contains any covenant, condition or agreement against assignment or disposing of the land without licence or consent, unless, prior to the execution of the deed containing expressly or impliedly the vesting declaration, the requisite licence or consent has been obtained, or unless, by virtue of any law, the vesting declaration, express or implied, would not operate as a breach of covenant or give rise to a forfeiture;

(c) to any share, stock, annuity or property which is only transferable in books kept by a company or other body, or in manner directed by or under an Act.

In this subsection "lease" includes an underlease and an agreement for a lease or underlease.

### PART V - Powers of The Court Appointment of new trustees

**Power of Court to appoint new trustees. 42.** (1) The Court may, whenever it is expedient to appoint a new trustee or new trustees, and it is found inexpedient, difficult or impracticable so to do without the assistance of the Court, make an order appointing a new trustee or new trustees either in substitution for or in addition to any existing trustee or trustees, or although there is no existing trustee.

In particular and without prejudice to the generality of the foregoing provision, the Court may make an order appointing a new trustee in substitution for a trustee who is convicted of a felony, or is a person of unsound mind, or is a bankrupt, or is a corporation which is in liquidation or has been dissolved.

(2) An order under this section, and any consequential vesting order or conveyance, shall not operate further or otherwise as a discharge to any former or continuing trustee than an appointment of new trustees under any power for that purpose contained in any instrument would have operated.

(3) Nothing in this section gives power to appoint an executor or administrator.

**Power to authorise remuneration. 43.** Where the Court

appoints a corporation to be a trustee either solely or jointly with another person, the Court may authorise the corporation to charge such remuneration for its services as trustee as the Court may think fit.

**Powers of new trustees appointed by the Court. 44.** Every trustee appointed by the Court shall, as well as before as after the trust property becomes by law, or by assurance, or otherwise, vested in him, have the same powers, authorities, and discretions, and may in all respects act as if he had been originally appointed a trustee by the instrument, if any, creating the trust.

**Vesting orders**

**Vesting orders of land. 45.** In any of the following cases namely -

(a) where the Court appoints or has appointed a trustee, or where a trustee has been appointed out of court under any statutory or express power;

(b) where a trustee entitled to or possessed of any land or interest therein, whether by way of mortgage or otherwise, or entitled to a contingent right therein, either solely or jointly with any other person -

(i) is under disability, or

(ii) is out of the jurisdiction of the Court, or

(iii) cannot be found, or being a corporation, has been dissolved;

(c) where it is uncertain who was the survivor of two or more trustees jointly entitled to or possessed of any interest in land;

(d) where it is uncertain whether the last trustee known to have been entitled to or possessed of any interest in land is living or dead;

(e) where there is no personal representative of a deceased trustee who was entitled to or possessed of any interest in land, or where it is uncertain who is the personal representative of a deceased trustee who was entitled to or possessed of any interest in land;

(f) where a trustee jointly or solely entitled to or possessed of any interest in land, or entitled to a contingent right therein, has been required, by or on behalf of a person entitled to require a conveyance of the land or interest or a release of the right, and has wilfully refused or neglected to convey the land or interest or release the right for twenty-eight days after the date of the requirement;

(g) where land or any interest therein is vested in a trustee whether by way of mortgage or otherwise, and it appears to the Court to be expedient,

the Court may make an order (in this Act called a vesting order) vesting the land or interest therein in any such person in any such manner and for any such estate or interest as the Court may direct, or releasing or disposing of the contingent right to such person as the Court may direct.

Provided that -

(i) where the order is consequential on the appointment of a trustee the land or interest therein shall be vested for such estate as the Court may direct in the persons who on the appointment are the trustees; and

(ii) where the order relates to a trustee entitled or formerly entitled jointly with another person, and such trustee is under disability or out of the jurisdiction of the Court or cannot be

found, or being a corporation has been dissolved, the land interest or right shall be vested in such other person who remains entitled, either alone or with any other person the Court may appoint.

**Orders as to contingent rights or unborn persons. 46.** Where any interest in land is subject to a contingent right in an unborn person or class of unborn persons who, on coming into existence would, in respect thereof, become entitled to or possessed of that interest on any trust, the Court may make an order releasing the land or interest therein from the contingent right, or may make an order vesting in any person the estate or interest to or of which the unborn person or class of unborn persons would, on coming into existence, be entitled or possessed in the land.

**Vesting order in place of conveyance by infant mortgagee. 47.** Where any person entitled to or possessed of any interest in land, or entitled to a contingent right in land, by way of security for money, is an infant, the Court may make an order vesting or releasing or disposing of the interest in the land or the right in like manner as in the case of a trustee under disability.

**Vesting order consequential an order for sale or mortgage of land. 48.** Where the Court gives a judgement or makes an order directing the sale or mortgage of any land, every person who is entitled to or possessed of any interest in the land, or entitled to a contingent right therein, and is a party to the action or proceeding in which the judgement or order is given or made or is otherwise bound by the judgement or order, shall be deemed to be so entitled or possessed, as the case may be, as a trustee for the purposes of this Act, and the Court may, if it thinks expedient, make an order vesting the land or any part thereof for such estate or interest as the Court thinks fit in the purchaser or mortgagee or in any other person.

**Vesting order consequential on judgement for specific performance, etc. 49.** Where a judgement is given for the specific performance of a contract concerning any interest in land or for sale or exchange of any interest in land, or generally where any judgement is given for the conveyance of any interest in land either in cases arising out of the doctrine of election or otherwise, the Court may declare -

(a) that any of the parties to the action are trustees of any interest in the land or any part thereof within the meaning of this Act, or

(b) that the interests of unborn persons who might claim under any party to the action, or under the will or voluntary settlement of any deceased person who was during his lifetime a party to the contract or transaction concerning which the judgement is given, are the interests of persons who, on coming into existence, would be trustees within the meaning of this Act,

and thereupon the Court may make a vesting order relating to the rights of those persons, born and unborn, as if they had been trustees.

**Effect of vesting order. 50.** A vesting order under any of the foregoing provisions shall in the case of a vesting order consequential on the appointment of a trustee, have the same effect -

(a) as if the persons who before the appointment were the trustees, if any, had duly executed all proper conveyances of the land for such estate or interest as the Court directs; or

(b) if there is no such person, or no such person of full

## Legislazione

capacity, as if such person had existed and been of full capacity and had duly executed all proper conveyances of the land for such estate or interest as the Court directs; and shall in every other case have the same effect as if the trustee or other person or description or class of persons to whose rights or supposed rights the said provisions respectively relate had been an ascertained and existing person of full capacity, and had executed a conveyance or release to the effect intended by the order.

**Power to appoint person to convey. 51.** In all cases where a vesting order can be made under any of the foregoing provisions, the Court may, if it is more convenient, appoint a person to convey the land or any interest therein or release the contingent right, and a conveyance or release by that person in conformity with the order shall have the same effect as an order under the appropriate provision.

**Vesting orders as to stocks and things in action. 52.** (1) In any of the following cases, namely -

(a) where the Court appoints or has appointed a trustee, or where a trustee has been appointed out of court under any statutory or express power;

(b) where a trustee entitled, whether by way of mortgage or otherwise, alone or jointly with another person, to stock or to a thing in action -

(i) is under disability, or

(ii) is out of the jurisdiction of the Court, or

(iii) cannot be found, or being a corporation, has been dissolved, or

(iv) neglects or refuses to transfer stock or receive the dividends or income thereof, or to sue for or recover a thing in action, according to the direction of the person absolutely entitled thereto for twenty-eight days next after a request in writing has been served on him; or

(v) neglects or refuses to transfer stock or receive the dividends or income thereof, or to sue for or recover a thing in action, for twenty-eight days next after an order of the Court for that purpose has been served on him;

(c) where it is uncertain whether a trustee entitled alone or jointly with another person to stock or to a thing in action is alive or dead;

(d) where stock is standing in the name of a deceased person whose personal representative is under disability;

(e) where stock or a thing in action is vested in a trustee whether by way of mortgage or otherwise and it appears to the Court to be expedient,

the Court may make an order vesting the right to transfer or call for a transfer of stock, or to receive the dividends or income thereof, or to sue for or recover the thing in action, in any such person as the Court may appoint.

Provided that -

(i) where the order is consequential on the appointment of a trustee, the right shall be vested in the persons who, on the appointment, are the trustees; and

(ii) where the person whose right is dealt with by the order was entitled jointly with another person, the right shall be vested in the last-mentioned person either alone or jointly with any other person whom the Court may appoint.

(2) In all cases where a vesting order can be made under this section, the Court may, if it is more convenient, appoint some proper person to make or join in making the transfer.

(3) The person in whom the right to transfer or call for the transfer of any stock is vested by an order of the Court under this Act, may transfer the stock to himself or any other person, according to the order, and all companies shall obey every order under this section according to its tenor.

(4) After notice in writing of an order under this section it shall not be lawful for any company to transfer any stock to which the order relates or to pay any dividends thereon except in accordance with the order.

(5) The Court may make declarations and give directions concerning the manner in which the right to transfer any stock or thing in action vested under the provisions of this Act is to be exercised.

(6) The provisions of this Act as to vesting orders shall apply to shares in ships registered under the Acts of Parliament or other law relating to merchant shipping as if they were stock.

**Vesting orders of charity property. 53.** The powers conferred by this Act as to vesting orders may be exercised for vesting any interest in land, stock, or thing in action in any trustee of a charity or society over which the Court would have jurisdiction upon action duly instituted, whether the appointment of the trustee was made by instrument under a power or by the Court under its general or statutory jurisdiction.

**Vesting orders in relation to infant's beneficial interests. 54.** Where an infant is beneficially entitled to any property the Court may, with a view to the application of the capital or income thereof for the maintenance, education, or benefit of the infant, make an order -

(a) appointing a person to convey such property; or

(b) in the case of stock, or a thing in action, vesting in any person the right to transfer or call for a transfer of such stock, or to receive the dividends or income thereof, or to sue for and recover such thing in action, upon such terms as the Court may think fit.

**Orders made upon certain allegations to be conclusive evidence. 55.** Where a vesting order is made as to any land under this Act founded on an allegation of any of the following matters namely -

(a) the personal incapacity of a trustee or mortgagee; or

(b) that a trustee or mortgagee or the personal representative of or other person deriving title under a trustee or mortgagee is out of the jurisdiction of the Court or cannot be found, or being a corporation has been dissolved; or

(c) that it is uncertain which of two or more trustees, or which of two or more persons interested in a mortgage, was the survivor; or

(d) that it is uncertain whether the last trustee or the personal representative of or other person deriving title under a trustee or mortgagee, or the last surviving person interested in a mortgage is living or dead; or

(e) that any trustee or mortgagee has died intestate without leaving a person beneficially interested under the intestacy or has died and it is not known who is his personal representative or the person interested,

the fact that the order has been so made shall be conclusive evidence of the matter so alleged in any court upon any question as to the validity of the order; but this section does not prevent the Court from directing a reconveyance or surrender or the

payment of costs occasioned by any such order if improperly obtained.

**Orders of Court to be registered. 56.** In all cases where the Court shall, under the provisions of this Act, make a vesting order, or any order having the effect of a conveyance or assignment of any land or any interest therein, or having the effect of a release or disposition of the contingent right of any unborn person, or class of unborn persons, in any land, an office copy of such order shall be registered in the office of the Registrar of Deeds, and such order shall take effect upon and from the time of the registration of such office copy.

Provided that where the land or any interest therein is subject to the provisions of the Title by Registration Act, the Registrar of Deeds shall, on production of an office copy of the order and on payment of the prescribed fees, duly register such order and cause a note thereof to be endorsed on the grant or certificate of title in respect of such land, and thereupon the person in whom the land is vested by the order shall be the registered proprietor thereof without the production of any instrument of transfer.

**Registration of vesting order made by Court in England. 57.** (1) Where the court in England has made a vesting order under the Trustee Act, 1925, in respect of land or personal estate in the Territory, and the vesting order so made is produced to the Registrar of Deeds for registration, such vesting order shall, on payment of a fee of five dollars be registered in the office of the Registrar of Deeds.

(2) For the purposes of this section, a duplicate of a vesting order sealed with the seal of the court making the same, or a copy thereof certified as correct by the officer having the custody of the original order, shall have the same effect as the original.

(3) In this section "court" has the same meaning as the court referred to in section 67 of the Trustee Act, 1925.

**Jurisdiction of Court to vary trusts. 58.** (1) Where property, whether real or personal, is held on trusts arising whether before or after the passing of this Act, under any will, settlement or other disposition, the Court may if it thinks fit by order approve on behalf of -

(a) any person having, directly or indirectly, an interest, whether vested or contingent, under the trusts who by reason of infancy or other incapacity is incapable of assenting; or

(b) any person (whether ascertained or not) who may have become entitled, directly or indirectly, to an interest under the trusts 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, so however that this paragraph shall not include any ascertained person who would be of that description or a member of that class, as the case may be, if the said date had fallen or the said event had happened at the date of the application to the Court; or

(c) any unborn person; or

(d) any person in respect of any discretionary interest of his under protective trusts where the interest of the principal beneficiary 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, adding to, revoking or replacing all or any of the trusts, enlarging, restricting or removing all or any of the powers of the trustees of managing or

administering any of the property subject to the trusts or all or any other powers of the trustees, or varying, adding to, removing or replacing any or all of the other provisions of the trusts.

Provided that except by virtue of paragraph (d) the Court shall not approve an arrangement on behalf of any person if carrying it out would be detrimental to that person.

(2) In the foregoing subsection "protective trusts" means an interest specified in paragraphs (a) and (b) of subsection (1) of section 34 or any like trusts, "the principal beneficiary" has the same meaning as in the said subsection (1); and "discretionary interest" means an interest arising under the trust specified in paragraph (a) of the said subsection.

(3) Nothing in the foregoing provisions of this section shall apply to trusts affecting property settled by any law of the Territory.

(4) Nothing in this section shall be taken to limit the powers conferred by section 59 or by section 6 of the West Indies Associated States Supreme Court (Virgin Islands) Act.

(5) The references to an interest in subsections (1)(a) and (1)(b) shall be construed to include references to a discretionary interest.

(6) This section applies to any trust, whether created before, on or after the date on which this subsection comes into force.

**Power to appoint persons to consent variations on behalf of those incapable. 58A.** (1) Where a trust instrument provides for the appointment of any person (including the holder of any office under the trust) to approve any arrangement described in section 58(1) on behalf of any other persons referred to in paragraphs (a) to (d) thereof (whether specified by name or by description and whether or not the identity of such persons is ascertained or ascertainable), and where such approval is subsequently given pursuant thereto, such approval shall have the same effect as if the Court had approved such arrangement on behalf of such persons pursuant to the powers vested in it by section 58(1).

Provided that no such approval shall be given on behalf of any persons referred to in paragraphs (a) to (c) of section 58(1) unless, in the opinion formed in good faith of the person giving the approval, carrying out and giving effect to such arrangement would not be detrimental to the person or persons on whose behalf it is given.

(2) Nothing in subsection (1), nor in any such provision in a trust instrument as is referred to in that subsection, shall be taken to limit the powers conferred by sections 58 or 59 or by section 6 of the West Indies Associated States Supreme Court (Virgin Islands) Act.

(3) References to the holder of any office under the trust in subsection (1) include references to a trustee or any protector or protective committee of the trust.

(4) This section applies only to trusts created on or after the date on which this section comes into force.

**Power of Court to authorise dealings with trust property. 59.** (1) Where in the management or administration of any property vested in trustees, any sale, lease, mortgage, 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 trustees by the trust instrument, if any, or by law, the Court may

## Legislazione

by order confer upon the trustees, either generally or in any particular instance, the necessary power for that purpose, on such terms, and subject to such provisions and conditions, if any, as the Court may think fit and may direct in what manner any money authorised to be expended, and the costs of any transaction, are to be paid or borne as between capital and income.

(2) The Court may, from time to time, rescind or vary any order made under this section, or may make any new or further order.

(3) An application to the Court under this section may be made by the trustees, or by any of them, or by any person beneficially interested under the trust.

**Persons entitled to apply for orders. 60.** (1) An order under this Act for the appointment of a new trustee or concerning any interest in land, stock, or thing in action subject to a trust, may be made on the application of any person beneficially interested in the land, stock, or thing in action, whether under disability or not, or on the application of any person duly appointed trustee thereof.

(2) An order under this Act concerning any interest in land, stock, or thing in action subject to a mortgage may be made on the application of any person beneficially interested in the equity of redemption, whether under disability or not, or of any person interested in the money secured by the mortgage.

**Power to give judgment in absence of a trustee. 61.** Where in any action the Court is satisfied that diligent search has been made for any person who, in the character of trustee, is made a defendant in an action, to serve him with a process of the Court, and that he cannot be found, the Court may hear and determine the action and give judgment therein against that person in his character of a trustee as if he had been duly served, or had entered an appearance in the action, and had also appeared by his counsel and solicitor at the hearing, but without prejudice to any interest he may have in the matters in question in the action in any other character.

**Power to charge costs on trust estate. 62.** The Court may order the costs and expenses of and incident to any application for an order appointing a new trustee, or for a vesting order, or of an incident to any such order, or any conveyance or transfer in pursuance thereof, to be raised and paid out of the property in respect whereof the same is made, or out of the income thereof, or to be borne and paid in such manner and by such persons as to the Court may seem just.

**Power to relieve trustee from personal liability. 63.** If it

appears to the Court that a trustee, whether appointed by the Court or otherwise, is or may be personally liable for any breach of trust, whether the transaction alleged to be a breach of trust occurred before or after the commencement of this Act, but has acted honestly and reasonably, and ought fairly to be excused for the breach of trust and for omitting to obtain the directions of the Court in the matter in which he committed such breach, then the Court may relieve him either wholly or partly from personal liability for the same.

**Power to make beneficiary indemnify for breach of trust.**

**64.** (1) Where a trustee commits a breach of trust at the instigation or request or with the consent in writing of a beneficiary, the Court may, if it thinks fit, and notwithstanding that the beneficiary may be a married woman restrained from anticipation, make such order as to the Court seems just, for impounding all or any part of the interest of the beneficiary in the trust estate by way of indemnity to the trustee or persons claiming through him.

(2) This section applies to breaches of trust committed as well before as after the commencement of this Act.

### Payment into Court

**Payment into Court by trustees. 65.** (1) Trustees, or the majority of trustees, having in their hands or under their control money or securities belonging to a trust, may pay the same into Court; and the same shall, subject to rules of court, be dealt with according to the orders of the Court.

(2) The receipt or certificate of the proper officer shall be a sufficient discharge to trustees for the money or securities so paid into Court.

(3) Where money or securities are vested in any persons as trustees, and the majority are desirous of paying the same into Court, but the concurrence of the other or others cannot be obtained, the Court may order the payment into Court to be made by the majority without the concurrence of the other or others.

(4) Where any such money or securities are deposited with any banker, broker, or other depository, the Court may order payment or delivery of the money or securities to the majority of the trustees for the purpose of payment into Court.

(5) Every transfer payment and delivery made in pursuance of any such order shall be valid and take effect as if the same had been made on the authority or by the act of all the persons entitled to the money and securities so transferred, paid or delivered.

# Una nuova figura di trust di partecipazioni societarie

Isole Vergini Britanniche

Pubblichiamo qui di seguito il Virgin Islands Special Trusts Act, 2003, approvato il 30 settembre 2003 (Legge n. 10 del 2003) dal Legislative Council delle Isole Vergini Britanniche, ed entrato in vigore il 1° marzo 2004(1).

No. 10 of 2003 - Virgin Islands

Arrangement of Sections:

1. Short title & commencement
2. Interpretation
3. Primary purpose of this Act
4. Designated shares
5. Trustee's duties in relation to designated shares
6. Restrictions of trustee's powers
7. Provisions relating to directors
8. Intervention by trustee in management in prescribed circumstances
9. Power to dispose
10. Enforcement
11. Power of Court to order disposal
12. Modification of rule in *Saunders v. Vautier*
13. Disqualification of trustee as a director
14. Ascertaining wishes of settlor
15. Limitation of trustee's duties
16. Regulations

Virgin Islands

No. 10 of 2003

An Act to make special provision for trusts of shares in companies and for related matters, including provision for the retention by trustees of shares in a company irrespective of the financial advantages of disposal, for prohibiting trustees from intervening in the management of the company except in certain circumstances, and for the appointment and removal of directors of the company in accordance with the terms of the trust instrument.

[Gazetted 6th November, 2003]

ENACTED by the Legislature of the Virgin Islands as follows:

## Short title and commencement.

1. This Act may be cited as the Virgin Islands Special Trusts Act, 2003 and shall come into force on such date as the Governor may, by Proclamation published in the *Gazette*, appoint.

## Interpretation

2. (1) In this Act, unless the context otherwise requires "business" in relation to a company includes the holding of shares or other assets and non-commercial activities; "business risk" in relation to a company includes:

(a) any risk attached to any business of the company, or any connected company, when conducted in the manner in which it has in fact been conducted; or

(b) any risk which can be expected to be attached to any projected business of the company;

"court" means the High Court;

"designated shares" means Virgin Islands shares comprised in a trust fund and in respect of which a valid direction under section 4(1) has been made;

"designated trustee" means a holder of a trust license under the Banks and Trust Companies Act, 1990;

"interested person" in relation to a trust means:

(a) a beneficiary of the trust;

(b) an object of a discretionary power over any of the capital or income of the trust;

(c) a parent or legal guardian of any minor person falling within paragraphs (a) or (b);

(d) where any of the purposes of the trust are exclusively charitable, the Attorney General;

(e) an enforcer referred to in section 84A of the Trustee Ordinance;

(f) a protector; or

(g) an appointed enquirer.

"intervention call" means a call by an interested person under section 9(1) for a trustee to intervene in the affairs of a company;

"legal guardian" in relation to a minor person means a person legally recognised as his guardian in any jurisdiction with which the minor has a substantial connection;

"office of director rules" means rules referred to in section 7(1) and any amendments thereto for the time being in force;

"trust fund" in relation to a trust means property for the time being subject to the trust;

"Virgin Islands shares" means shares in a company incorporated under the Companies Act or the International Business Companies Ordinance which is not:

(a) a company which has a license under the Banks and Trust Companies Act, 1990;

(b) a company which is licensed as an insurer under the Insurance Act, 1994 or which is authorised to act as an insurance manager under that Act;

## Nota:

(1) La legge sarà commentata da Elisa Barla De Guglielmi nel prossimo numero della Rivista.

## Legislazione

(c) a company which is registered as a public fund, or recognised as a private fund, under the Mutual Funds Act, 1996;  
 (d) a company which is licensed as a manager or administrator of mutual funds under the Mutual Funds Act, 1996;  
 (e) a company which has a license under the Company Management Act, 1990.

(2) In this Act,

(a) references to voting powers in respect of shares shall be taken to include references to powers to direct the voting of shares held by a nominee;

(b) references in relation to a trust to a protector are to any person or committee whose consent is requisite for the exercise of any powers;

(c) references in relation to a trust to an appointed enquirer are to any person who by, or under any power conferred by, the terms of the trust is appointed to make intervention calls;

(d) references to the memorandum and articles of a company are to its memorandum of association and its articles of association;

(e) a company shall be taken to be connected with another company if:

i. that other company holds, directly or through a nominee, shares in it;

ii. it is controlled directly or indirectly by that other company; or

iii. it is connected with a company which is itself connected with that other company;

(f) a ground for complaint concerning the conduct of a company's affairs is permitted if it is specified as such in the trust instrument, and the expression "permitted ground for complaint" shall be construed accordingly.

(3) In this Act, the following definitions shall, where the context admits, apply in relation to, or in the context of a provision referring to, designated shares:

"company" means the company that has issued the designated shares;

"disposal" means:

(a) the exercise of voting powers leading, or capable of leading, to the liquidation of the company or the cancellation of the shares or of any rights attached to them;

(b) the creation of any legal or equitable interest in the shares;

and "dispose" shall be construed accordingly;

"settlor" means the person by whom the trust was created;

"trust" means the trust on which the designated shares are held;

"trustee" means the trustee for the time being of the trust;

"trust instrument" means the instrument containing the terms of the trust.

### Primary purposes of this Act.

3. The primary purpose of this Act is to enable a trust of company shares to be established under which:

(a) the shares may be retained indefinitely; and

(b) the management of the company may be carried out by its directors without any power of intervention being exercised by the trustee.

### Designated shares.

4. (1) Where a trust fulfils the conditions specified in

subsection (4), the terms of the trust may, subject to subsection (3), direct that the provisions of this Act shall apply:

(a) to all Virgin Islands shares comprised in the trust fund; or

(b) to such Virgin Islands shares comprised in the trust fund as may be specified in the direction.

(2) For the purposes of subsection (1), Virgin Islands shares comprised in the trust fund shall be taken to include Virgin Islands shares becoming so comprised at any time after the creation of the trust, whether added to the trust fund by way of additional settlement by the original settlor or any other person, acquired on a new issue by the company or in the course of management or administration of the trust fund, or acquired in any other manner.

(3) A direction under subsection (1) shall not be made in respect of shares added to the trust fund by a trustee of another trust in the exercise of a power in that other trust.

(4) The conditions referred to in subsection (1) are:

(a) the trust is created by or on the terms of a written testamentary or inter vivos instrument;

(b) a designated trustee is sole trustee of the trust;

(c) the terms of the trust require that any successor trustee (mediate or immediate) is a designated trustee acting as sole trustee;

(d) the trust is not created in the exercise of a power conferred by another trust.

(5) A direction under subsection (1) may identify the shares to which it relates either specifically or by any general description.

(6) Subject to subsection (7), where a person ("the first person") is a settlor in relation to a trust of designated shares and additional property is settled on the terms of the trust by another person, the first person shall be considered for the purposes of this Act as the settlor in relation to the trust of the additional property.

(7) If the trust instrument provides that subsection (6) shall not apply, then, in the case of a trust comprising property which has been provided by more than one person, this Act shall apply as if each person had created a separate trust in relation to the property which he has provided.

### Trustee's duties in relation to designated shares.

5. (1) Subject to section 9, designated shares shall be held by the trustee on trust to retain them.

(2) The trustee's duty to retain designated shares shall have precedence over any duty to preserve or enhance the value of the trust fund.

(3) Without prejudice to subsection (2), the trustee shall not be accountable for losses arising directly or indirectly from holding, rather than disposing of, designated shares, including, in particular, losses arising from any of the factors specified in subsection (4).

(4) The factors referred to in subsection (3) are:

(a) the absence, or inadequacy, of financial return from any designated shares;

(b) a decrease in value of any designated shares;

(c) speculative or imprudent activities of the company or depletion of the company's assets by disposition;

(d) any act or omission of the directors of the company, regardless of whether it is made or carried out in good faith;

(e) liquidation or receivership of the company;

- (f) share market fluctuation;
- (g) the loss of opportunity to make gains from reinvestment of the proceeds of designated shares;
- (h) the liabilities and expenses of the company, including directors' remuneration and expenses.

(5) Every reference in subsection (4) to the company shall include a reference to any company connected to it.

**Restrictions on trustee's powers.**

6. (1) Subject to the terms of the trust and to sections 7 and 8, the obligations specified in subsections (2) and (3) shall apply to a trustee of designated shares.

(2) Voting or other powers in respect of designated shares shall not be exercised by the trustee so as to interfere in the management or conduct of any business of the company, and in particular, the trustee:

(a) shall leave the conduct of every such business, and all decisions as to the payment or non-payment of dividends, to the directors of the company,

(b) shall not require the declaration or payment of any dividend by the company or exercise any power the trustee may have of compelling any such declaration or payment.

(3) A trustee of designated shares

(a) shall take no steps to instigate or support any action by the company against any of its directors for breach of duty to the company;

(b) shall take no steps to procure the appointment or removal of any of the directors;

(c) subject to section 9, shall take no steps to wind up the company; and

(d) subject to the provisions of this Act, shall not apply to the court for any form of relief or remedy in relation to the company.

**Provisions relating to directors.**

7. (1) The trust instrument may contain rules for determining the manner in which voting and other powers attributable to designated shares should be exercised by the trustee in relation to:

- (a) the appointment of directors of the company,
- (b) the removal of directors,
- (c) the remuneration of directors, or
- (d) any of the matters referred to in subsection (2), and may make provision for those rules to be amended.

(2) The office of director rules may, in particular

(a) require the trustee to ensure that a particular person holds or retains office as director;

(b) require any person to be appointed to the office of director at some future date or upon some future event;

(c) require the removal of a director in specified circumstances;

(d) prescribe, subject to the requirements of the memorandum and articles of the company and the law of the Territory, the minimum and maximum number of directors (whether one or more) to hold office at any time or times;

(e) require the trustee, in relation to the appointment and removal of directors, to act, generally or in any specified circumstances, on the decision of a third person or committee;

(f) provide for the conferral of fiduciary duties on a person or committee referred to in paragraph (e); or

(g) provide for the establishment, continuance, and procedures of a committee referred to in paragraph (3).

(3) Subject to subsection (9) and to section (8), the trustee shall at all times use its voting and other powers, so far as those powers allow, to ensure:

(a) that the company has at least the minimum number of directors to meet the requirements of its memorandum and articles and the law of the Territory; and

(b) that, except in an exempted case, the identity of the directors of the company conforms with the office of director rules, if any, for the time being applicable.

(4) No person becoming or remaining a director of the company, whether in consequence of the office of director rules or otherwise, shall, in the capacity of director, owe fiduciary or other obligations under the trust, or have any fiduciary or other obligations to the trustee, but nothing in this subsection shall affect any duty which that person owes, as director, to the company.

(5) Persons for whose appointment the office of director rules may provide include:

- (a) any settlor or protector of the trust;
- (b) both ascertained and ascertainable persons.

(6) A trustee shall incur no liability for securing, sanctioning or not opposing the appointment of a director where that appointment is in conformity with the office of director rules.

(7) Where there are no office of director rules, and in an exempted case, a trustee shall incur no liability for securing, sanctioning, or not opposing, the appointment of a director of the trustee's own selection, if:

(a) the trustee concludes in good faith that the appointment in questions is consistent with the wishes of the settlor; and

(b) the selection is not motivated by a desire on the part of the trustee to reduce business risk, except to the extent, if at all, that the trustee in good faith concludes that a reduction would be consistent with the wishes of the settlor.

(8) For the purposes of this section, an exempted case is any case in which either:

(a) the office of director rules make no provision in that case; or

(b) the rules make provision but the trustee concludes in good faith that it would be impossible, unlawful, impracticable, or plainly inconsistent with the wishes of the settlor, to ensure compliance with the rules in that case.

(9) A trustee shall have no duty:

(a) to act pursuant to subsection (3) unless and until it receives actual notice that circumstances requiring such action have arisen; or

(b) to enquire as to whether circumstances requiring action pursuant to subsection (3) exist.

(10) Where, on any question concerning the appointment of a director, a trustee makes application to the court under section 6 of the Trustees' Relief Act, the court, in giving its opinion, advice, or direction, shall not seek to reduce business risk, except to the extent, if at all, that the court concludes that a reduction would be consistent with the wishes of the settlor.

**Intervention by trustee in management in prescribed circumstances**

8. (1) Where, in relation to a trust of designated shares, an

## Legislazione

interested person has a complaint concerning the conduct of the company's affairs, and the ground for that complaint is permitted, he may, in writing, call upon the trustee to intervene in the affairs of the company to deal with the complaint.

(2) A trust instrument may specify one or more permitted grounds for complaint, but need not specify any.

(3) Upon receiving an intervention call, the trustee shall, if satisfied that the complaint is substantiated, take such, if any, action as the trustee considers appropriate to deal with the complaint in the interests of the trust.

(4) Action taken under subsection (3) may include:

(a) making or procuring changes in the directorship of the company in accordance with the provisions of its memorandum and articles and the law of the Territory, but otherwise on such terms as the trustee thinks fit, provided that in making, procuring or maintaining any such change, the trustee may disregard section 7(3)(b) if and for so long as, in the opinion of the trustee, it is expedient to do so for the purposes of dealing with the complaint;

(b) procuring action by the company to recover any losses caused by the conduct giving rise to the complaint; or

(c) seeking such advice on the complaint and the manner of addressing it as the trustee considers appropriate.

(5) In considering and taking action under subsection (3), the trustee shall:

(a) have regard to:

- i. any wishes of the settlor; and
- ii. the efficient functioning of the company;

(b) disregard business risk, except to the extent that:

- i. the ground for complaint consists of or arises from any disagreement among the directors as to the business risk, or
- ii. any wishes of the settlor require business risk to be considered.

(6) After acting pursuant to subsection (3), or deciding not to act, the trustee's obligation to intervene shall be at an end unless and until another intervention call is made.

(7) It shall be a ground for declining to act on an intervention call if, apart from any other reason for declining, the call is made on substantially the same ground as one previously made, and there appears to the trustee to be no reason to alter, or act further on, the decision previously taken by it.

(8) Where a trust instrument specifies one or more permitted grounds for complaint, the following provisions of this subsection shall apply:

(a) an interested person may request the trustee to provide such information concerning the affairs of the company and any connected company as is reasonably required for that person to judge whether an intervention call is necessary, and the trustee shall use all reasonable endeavours to provide that information and may, if considered necessary for this purpose, procure the replacement of any of the directors with the trustee's own representative;

(b) where there is an appointed enquirer he shall be under the following duties:

i. a duty to make reasonable enquiries as to whether there is a permitted ground for complaint as often as appears appropriate in the circumstances, and not less than once in any period of twelve months;

ii. a duty to make an intervention call under this section, and

provide the trustee with evidence of the relevant ground for complaint, whenever it appears to him to be appropriate;

(c) where there is no appointed enquirer, the trustee shall use all reasonable endeavours to ensure that at all times at least one interested person of full capacity is given the following documents and information concerning the trust, but without prejudice to any right of that person to documents and information apart from this paragraph:

- i. a copy of the trust instrument and other trust documents,
- ii. the name and address of the trustee,
- iii. the name, registered office, and principal place of business, of the company,
- iv. the names and addresses of all directors of the company,
- v. the nature of the current activities of the company,

provided that, where practicable, any person to whom information is given under this paragraph shall be a person who, in the reasonable opinion of the trustee, has acquired, or is likely to acquire, by appointment or otherwise, a substantial equitable interest in some or all of the designated shares or their proceeds or is the parent or legal guardian of such a person.

(9) All expenses incurred in dealing with an intervention call or considering the complaint on which it is based, including trustee remuneration where applicable, and the cost of any advice, shall be borne by the trust fund and its income in such proportions as the trustee decides, and if there is any deficiency in liquid funds the trustee may take such steps as are available to the trustee under the memorandum and articles of the company and the law of the Territory to make up the shortfall out of dividends from the company and may, if considered necessary for this purpose, procure the replacement of any of the directors with the trustee's own representative.

(10) The trustee shall, where practicable, procure the removal from office of a director appointed for the purpose specified in subsection (8)(a) or (9) when the purpose for which the director was appointed is achieved, if removal is appropriate for the purpose of any action decided upon by the trustee pursuant to subsection (3) or, subject to such action, for the purpose of compliance with the office of director rules.

### Power to dispose.

9. (1) This section shall apply to a trust of designated shares.

(2) Subject to subsection (3) and to the terms of the trust instrument, the trustee shall have power, in the management and administration of the trust fund, to sell or otherwise dispose of designated shares, but the existence of this power:

(a) shall not carry an implied duty to exercise it for the purpose of preserving or enhancing the value of the assets of the trust or to consider its exercise for that purpose; and

(b) shall not render the trustee liable, in consequence of not exercising it, for losses of this kind referred to in section 5(3).

(3) Subject to section 11, the trustee shall not, unless the trust instrument otherwise provides, sell or dispose of designated shares in the management or administration of the trust fund without:

(a) the consent of the directors of the company or of a majority of them if more than one; and

(b) such, if any, consents as are made requisite by the trust instrument.

(4) A sale or other disposal in exercise of the power conferred by subsection (2) shall be made in such manner, and

upon such terms and conditions, as the trustee, acting in its fiduciary capacity, thinks fit.

(5) Section 59 of the Trustee Ordinance shall not apply to the trust to the extent that it permits the court to confer upon the trustee any power of sale or other disposal.

**Enforcement.**

10. (1) Where in the case of a trust of designated shares there is a breach of a duty or obligation imposed on this Act on its trustee, any of the persons specified in subsection (3) may, subject to the terms of the trust, apply to the court for relief.

(2) The court shall, if satisfied that the application under subsection (1) is well founded, grant relief by:

(a) making such order as it considers appropriate to attain, as nearly as may be, the outcome that the court considers would have been, or would most likely have been, attained in respect of the trust, the company, its directors and generally if the breach had not occurred;

(b) making such, if any, supplementary or incidental order as the court deems, in the circumstances of the case, reasonably required having regard to the primary purpose of this Act state in section 3,

provided that no order shall be made under this subsection to prejudice any interest in property which was acquired from the trustee in good faith, for value and without actual or constructive notice of the trust, or from the company in good faith and for full consideration, or to prejudice any interest deriving from such an interest.

(3) The persons referred to in subsection (1) are:

(a) any interested person;

(b) any director of the company;

(c) any person who, under applicable office of director rules, would be a director if the trustee had complied with its obligations under section 7.

(4) Without prejudice to subsection (1) to (3), but subject to subsection (5), where in the case of a trust there is a breach of a duty or obligation imposed by this Act on its trustee, the breach shall be, and be actionable in civil proceedings as, a breach of the trust.

(5) Where civil proceedings are instituted in relation to a breach of a duty or obligation, the court shall, in granting any remedy, take account of any relief granted or available in respect of the breach on an application under subsection (1).

(6) References in subsection (4) to a breach shall be taken to include references to a prospective breach.

(7) Subject to the terms of the trust and to sections 7 and 8, where designated shares are held on trust, no act or omission of a director of the company shall be a ground for any person to seek intervention by the court in the affairs of the trust.

**Power of court to order disposal.**

11. (1) Where it is shown to the court that the retention of the shares is no longer compatible with the wishes of the settlor, the court shall have power, on the application of any interested person, to order or authorise a sale or other disposal of any designated shares, and a sale or other disposal so ordered or authorised shall not require any consent referred to in section 9(3).

(2) In making an order, or giving authority, under this section, the court may impose such, if any, terms and conditions in relation to the sale or other disposal as it thinks fit.

**Modification of rule in *Saunders v. Vautier*.**

12. (1) Notwithstanding any rule of equity or practice of the court to the contrary, but subject to subsection (2), neither a beneficiary who is solely interested in any designated shares, nor all the beneficiaries who together are the persons interested in any designated shares, shall be entitled, although in existence and ascertained and of full capacity, to call for or direct a transfer of those shares or to terminate or modify the trust relating to them if and so far as that entitlement is, without offending any rule of perpetuity or remoteness, excluded by the trust instrument.

(2) No such exclusion of entitlement shall have effect, or continue to have effect, after the expiration of 20 years from the creation of the trust.

(3) Where a person who receives designated shares, or an interest in them, is a person who, by virtue of such an exclusion or entitlement, has no present right to receive the shares or that interest, he shall, without prejudice to the generality of subsection (1), hold those shares or that interest on trust to transfer the same to the trustee, and the court shall order him so to do on the application by the trustee or any person specified in section 10(3).

(4) During any such exclusion of entitlement, section 58 of the Trustee Ordinance shall not apply to the trust

**Disqualification of trustee as a director.**

13. A trustee of designated shares shall not be, or become, a director of the company.

**Ascertaining wishes of settlor.**

14. (1) Where it is necessary under this Act for the court or a trustee to ascertain the wishes of the settlor, the following provisions of this section shall apply.

(2) Where the settlor is alive, the settlor shall, where possible and practicable, be consulted as to his wishes.

(3) Where the settlor is dead, or it is not possible or practicable to consult him, his wishes shall be taken to be:

(a) such wishes as he has most recently communicated to the trustee, or

(b) where no wishes or relevant wishes have been communicated, such as the court, or the trustee in good faith, believes most likely to have been his wishes from the evidence available to it.

**Limitation of trustee's duties.**

15. (1) A trustee of designated shares shall have no fiduciary responsibility or duty of care in respect of the assets of, or the conduct of the affairs of, the company, except when acting, or required to act, on an intervention call.

(2) Without prejudice to the generality of subsection (1), a trustee of designated shares:

(a) shall not be required to make any enquiry as to whether any facts exists which would, or may, whether with or without any other information, form the basis of an intervention call;

(b) shall not be obliged to inform any interested person of any fact of which it becomes aware, or which it suspects, concerning the assets of the company or the conduct of its affairs;

(c) shall not incur liability as accessory to a director's

## Legislazione

breach of duty by reason of any omission on the part of the trustee to take action where the trustee is aware, or suspects, that there has been or will be such a breach, or by reason of any act or omission in compliance with the provisions of section 7.

### Regulations.

16. The Minister may make regulations for the purpose of carrying the provisions of this Act into effect.

Passed by the Legislative Council this 30th day of September, 2003.

(sgd.)  
V. Inez Archibald,  
Speaker.

(sgd.)  
Denniston Fraser,  
Clerk of the Legislative Council.

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.lpsoa.it

DIRETTORE RESPONSABILE  
Donatella Treu

Direttore scientifico  
Maurizio Lupoi

Comitato scientifico  
Sergio M. Carbone, Giorgio De Nova, Andrea Fedele,  
Franco Gallo, Antonio Gambaro, 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  
lpsoa

FOTOCOPOSIZIONE  
ABCCompos S.r.l.  
20089 Rozzano (MI) - Via Pavese, 1/3 - Tel. 02/57789422

STAMPA  
Arti Grafiche Stefano 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

### Pubblicità:

**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  
Spedizione in abbonamento postale - 45% -  
art. 2 comma 20/b legge 662/96 - Filiale di 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 e si intendono  
confermati per l'anno successivo se non disdetta entro  
la scadenza a mezzo semplice lettera.

ITALIA  
Abbonamento annuale: € 188,00

ESTERO  
Abbonamento annuale: € 188,00

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

### CORRISPONDENZA REDAZIONALE

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

### AMMINISTRAZIONE

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

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

### 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: € 47,00

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).

# Trust in God

di Marco G. Bonalanza

Il giorno 11 marzo 2004 sono stato parte attiva dell'istituzione di un trust da me creato e strutturato con lo scopo di risolvere una complessa situazione di incertezza in cui si era venuto a trovare un mio cliente imprenditore.

Il signor Mario, sposato alla signora Maria e, padre di un figlio minorenni per ancora tre anni, era socio accomandatario di una società di persone, la Cibi Sas, attiva nel campo alimentare. Socio accomandante era invece la moglie, signora Maria, mentre una percentuale nominale del 2,5% era stata ceduta tempo addietro ad un dipendente della società Cibi Sas per "meriti sul campo".

L'intera attività della Cibi Sas faceva e fa capo alle conoscenze tecniche e commerciali di Mario. Quale non potesse occuparsi dell'azienda, nessuno dei congiunti o soci sarebbe nelle condizioni di gestire correttamente la società, richiedendosi viceversa un amministratore professionista esperto nel settore.

Negli ultimi due anni Maria e Mario hanno posto in essere alcune operazioni immobiliari in capo a Maria, la quale, per queste ed altre personali ragioni, più di recente, decideva di aver piacere a non più detenere e, dunque, a trasferire le proprie quote a Mario, così liberandosene.

Nel contempo però Mario veniva colpito da grave malattia il cui decorso è tutt'altro che certo nonostante la medicina più avanzata e la chirurgia. Durante lo scorso anno veniva, dunque, operato più volte, abbandonando per settimane al proprio destino l'azienda che, di tanto, soffriva sia nel comparto fornitori che in quello del recupero del credito.

Il destino di Mario non sarà chiaro se non tra quattro anni, così almeno, secondo i dati riferiti dalla ricerca medica. Nel frattempo nessuno sa quante e quanto gravi operazioni egli dovrà sopportare e se, soprattutto, sopravvivrà alla malattia o meno.

La richiesta di Maria di donare le proprie quote a Mario appariva pertanto inopportuna poiché si rischiava di donarle a qualcuno da cui sarebbero potute tornare indietro in linea successoria nel breve termine, comportando un doppio passaggio inutile, costoso e foriero di complicazioni. In ogni caso si avvertiva la necessità che si ponesse in atto un mecca-

nismo che garantisse che le quote, da chiunque detenute, non perdessero il loro valore intrinseco a causa della eventuale e purtroppo probabile discontinuità decisionale e gestionale in cui avrebbe potuto imbattersi l'amministrazione della Cibi Sas. Infine c'era il bisogno di meglio tutelare i soci dalla responsabilità patrimoniale personale che, a causa dell'esponentiale aumento di fatturato e di relazioni commerciali dell'azienda, andava congruamente estendendosi oltre limiti sopportabili da parte dei soci stessi.

Nessun istituto di diritto interno poteva dare una soluzione tanto calzante e tanto efficace ad una situazione complessa come quella esposta come l'istituzione di un trust avente ad oggetto la detenzione delle quote di Mario e Maria almeno sino al termine del periodo di incerta sopravvivenza di Mario stesso e, comunque, dopo il raggiungimento della maggiore età del figlio di Mario stesso.

Cibi Sas veniva, così, convertita in Srl con l'ordinaria procedura di conversione per perizia giurata e le quote personali convertite in quote di capitale.

Veniva in seguito istituito un trust avente le seguenti caratteristiche:

- irrevocabilità: onde garantire al trust la validità;
- durata 5 anni: per superare il periodo di incertezza sul destino di Mario e la minor età del figlio;
- legge regolatrice inglese: poiché la più confacente al tipo di trust progettato;
- trustee la mia *trust company* di Milano: per garantire continuità e stabilità a prescindere dai fatti della vita del trustee individuale, oltre che per la chiarezza in termini di gestione e contabilità. In merito vale la pena di sottolineare che in caso di scioglimento per qualsivoglia causa della *trust company*, è stato previsto un meccanismo di subentro basato sulla scelta del successore da parte della "Associazione Il Trust in Italia";
- beneficiario in corso di trust, Mario o eredi legittimi: poiché la moglie desiderava spogliarsi della

Nota:

Marco G. Bonalanza è avvocato in Milano.

**Prassi negoziale**

sua partecipazione in società sin da subito, finanche rinunciando al ruolo di beneficiario;

- guardiano l'avvocato di Mario: amico d'infanzia di Mario e buon conoscitore della sua attività commerciale. Con poteri consultivi;

- beni in trust: le quote conferite da Mario e Maria oltre ad un importo in contanti per i costi di gestione iniziali;

- finalità: l'estraneazione della titolarità delle quote dalle vicende di vita dei disponenti, al contempo garantendo unicità di governo all'azienda;

- beneficiario finale Mario o eredi legittimi: in questa sede veniva comunque prevista una clausola a tutela, che prevede che l'assegnazione finale dei beni sia subordinata al pagamento di quanto dovuto per tributi successori, ove esistenti;

- controversia con tentativo pregiudiziale di conciliazione presso la Camera di Commercio Britannica di Milano: a ragione del fatto che s'era già utilizzata la "Associazione Il Trust in Italia" per l'eventuale successione del trustee ma si voleva comunque un ente che conoscesse di trust e normativa di riferimento.

Con tale strumento s'è così inteso raggiungere i seguenti scopi:

- evitare un potenziale doppio passaggio indietro ed avanti di quote tra marito e moglie. Meno atti, meno costi, meno complicazioni;

- garantire che, in caso di impossibilità temporanea a gestire di Mario, un unico centro decisionale terzo possa evitare la paralisi della società;

- garantire, in caso di sopravvivenza di Mario al quinto anno, il raggiungimento definitivo dello scopo di Maria che da subito si trova spogliata delle quote che non desidera detenere;

- garantire in caso di premorienza di Mario, *in primis* la gestione regolare dell'azienda, ed *in secundis*, la gestione non traumatica della fase successoria con assegnazione esatta delle quote ma in un tempo in cui il figlio sia già certamente maggiorenne e l'amministrazione dell'azienda stabilizzata;

- allentare il profilo di responsabilità e coinvolgimento dei soci, passando da società di persone a società di capitali, e scindendo il ruolo di amministratore unico da quello di socio.

Da un punto di vista operativo, il trust:

- ha ottenuto il suo codice fiscale quale ente giuridico non riconosciuto;

- ha ottenuto il conto corrente a sé intestato anche se in seguito a sofferta e laboriosa valutazione dell'ufficio legale della banca;

- ha un suo profilo fiscale che per l'anno corrente comporterà la compilazione del modello 760 *bis* (senza percepimento di utili) a cura del commercialista incaricato;

- è stato dotato di un registro giornaliero in cui sono annotate tutte le vicende della sua vita, a partire dalla fase precedente la sua formalizzazione ed in cui continueranno ad esserlo sino alla fase seguente alla sua cessazione.

Un'esperienza professionale di soddisfazione per il risultato raggiunto e perché ha permesso di evidenziare nella pratica le potenzialità di un modello di una soluzione che definirei di " Holding Familiare in senso improprio", significativamente meno onerosa di quella di tipo societario ma ampiamente più efficiente. Un'esperienza impraticabile senza il prezioso apporto del mondo professionale (avvocato, notaio e commercialista) e bancario.

# Trust per il mantenimento di animali

di Franco Sozzi

SOMMARIO: § 1. Introduzione. – § 2. Il trust per il mantenimento di animali: diritto inglese. – § 3. La legislazione statale americana.

## § 1. Introduzione.

Scorrendo le cronache, capita di leggere ameni articoli del tipo: disereda i figli e lascia tutto al cane (o al gatto). All'estensore i dettagli "tecnici" non interessano più di tanto o forse non sono noti e vengono pertanto tralasciati; sul fatto – avvenuto in una qualche remota località e privo di altri riferimenti – non si riesce ad ottenere maggiori informazioni: viene spontaneo pensare che ci sia di mezzo un trust.

Sono eccessi, ma l'argomento è serio: risalenti decisioni inglesi si sono occupate di trust istituiti per il mantenimento di animali, spesso – specialmente per la particolare estensione della posizione beneficiaria datane dal disponente – di ardua compatibilità con i principî.

## § 2. Il trust per il mantenimento di animali: diritto inglese.

In Inghilterra un trust istituito per il mantenimento di animali non è certo una novità: i precedenti(1), che risalgono al secolo scorso, consentono di definire i contorni della figura, che non può rientrare nei trust *charitable* in quanto volta alla tutela non della generalità ma solo di un determinato animale.

Un primo problema – comune a tutti i trust di scopo – sorge perché in assenza di un beneficiario in grado di costringere il trustee, eventualmente trascinandolo in giudizio, ad eseguire quanto stabilito nel trust, questo non può essere ammesso: la regola, di antica data(2), vale ancora ai nostri giorni sebbene da tempo la dottrina, rivedendo l'intera materia, abbia individuato fattispecie di trust di scopo con beneficiari remoti o indiretti che avrebbero interesse e legittimazione all'azione giudiziaria nei confronti del trustee(3).

Nella regola che vuole nulli i trust di scopo hanno fatto breccia talune decisioni che hanno invece ritenuto validi trust istituiti per scopo non caritatevole, il mantenimento di un animale essendone uno

dei principali e più tipici esempi. Ad uno sguardo d'insieme di tali decisioni, però, per quanto si possa astrattamente pensare ad una gerarchia di valori premiante lo scopo perseguito se meritevole di tutela, non è possibile individuare nei trust ammessi il motivo comune che li ha giustificati.

Tali precedenti sono da ritenersi casi anomali e da non seguire, trattandosi di sviste giudiziarie(4). In *Re Astor's Settlement Trusts*(5) Roxburgh J, annullando un trust istituito al fine di mantenere buoni rapporti tra le nazioni e preservare l'indipendenza della stampa perché generico e senza beneficiari, ha dichiarato l'anomalia delle decisioni relative a trust di scopo passati indenni al vaglio delle corti siccome eccezionali concessioni al sentimento umano(6). Harman LJ in *Re Endacott*(7), annullando il trust e riconoscendo la natura anomala dei precedenti, ha raccomandato di non incrementare nuove figure: "these cases stand by themselves and ought not to be increased in number nor indeed followed except where the one is exactly like the other".

Peraltro sembra che in questi casi motivo di annullamento

### Note:

Franco Sozzi è avvocato in Alessandria.

(1) *Pettingall v Pettingall* (1842) 11 LJ Ch 176; *Mitford v Reynolds* (1848) 16 Sim 105.

(2) *Morice v Bishop of Durham* (1804) 9 Ves 399; *Bowman v Secular Society* [1917] AC 406; *Re Shaw* [1957] All ER 745; *Leahy v The Attorney General for New South Wales* [1959] All ER 300.

(3) Cfr. P. Matthews, *The New Trust: Obligations without Rights?*, in A. J. Oakley (cur.), *Trends in Contemporary Trust Law*, Oxford, 1996; R. Pierce – J. Stevens, *The Law of Trusts and Equitable Obligations*, II ed., Londra, 1999, p. 349 s.; A. Duckworth, *The New Frontier of Purpose Trust*, in questa Rivista, 2000, 185.

(4) P. Todd, *Textbook on Trusts*, IV ed., Londra, 1999, p. 126 lamenta l'occasione persa: "it is a pity, however, that the Court of Appeal did not take the opportunity to overrule them, as it is very difficult to know exactly what they stand for, or on what principle they operate, or the basis upon which they are enforced".

(5) [1952] Ch 534, 547.

(6) Questo sembra essere il motivo della ritenuta validità di trust per animali nel primo caso americano: *Willett v Willett*, 247 S.W. 739, 741 (Ky. 1923).

(7) [1960] Ch 232, 251.

**Prassi negoziale**

lamento (ferma restando l'assenza del beneficiario) sia stata la genericità dell'oggetto, laddove invece nei trust per animali questo è evidente e determinato.

Con particolare riferimento alla cura degli animali è stato anche notato, sdrammatizzando il contesto, che in fondo in tutti i casi di successioni testamentarie l'animale è esso stesso un bene che verrà devoluto insieme ad altri ad un nuovo proprietario che normalmente sarà in grado di mantenerlo(8).

Un secondo problema concerne il limite di tempo. Com'è noto, in diritto inglese un trust è sottoposto alla *rule against perpetuities* e non può durare più di 21 anni, ovvero non oltre 21 anni dopo la morte di una persona vivente alla data di predisposizione dello strumento; peraltro, dopo la promulgazione del Perpetuities and Accumulations Act 1964 il disponente ha facoltà di dare al trust la durata massima di 80 anni(9). La regola vuole evitare la segregazione di beni per lunghi periodi e, quando riferita ai trust a favore di persone, si esprime nel concetto di *rule against remoteness of vesting*; per quanto concerne in particolare i trust di scopo si parla invece di *rule against inalienability*, la cui regola non sembra essere stata modificata dalla legislazione del 1964 cosicché per questi il limite massimo rimane di 21 anni(10).

Ne deriva che i trust istituiti per il mantenimento di animali che tale lasso di tempo oltrepassano sono invalidi. In *Re Dean*(11) la disposizione a favore dei cavalli del signor Dean era per un periodo fino a cinquanta anni se qualcuno tra essi fosse sopravvissuto per tanto tempo, ma non è certo la vita dell'animale quella da prendere in considerazione ai fini della compatibilità con i limiti temporali(12): ciò nonostante il trust è stato ritenuto valido.

Da tempo nulla si muove in diritto inglese e benché, ovviamente, nella predisposizione di un atto istitutivo ci si possa situare all'interno delle regole tracciate dalla giurisprudenza, l'incertezza sulla validità di questi trust perdura.

Varie giurisdizioni cosiddette *off-shore* hanno in anni recenti introdotto leggi che ammettono i trust di scopo, senza ulteriormente specificare. Negli Stati Uniti d'America, invece, molte novità sono intervenute nella normativa federale ed in quelle statali rendendo tale diritto l'attuale punto di riferimento in materia.

**§ 3. La legislazione statale americana.**

Avvertendo la necessità di una regolamentazione, numerosi stati americani, dopo che nel 1990 è stata

aggiunta all'Uniform Probate Code la *section 2-907* dando il via libera al riconoscimento dei trust per il mantenimento di animali, hanno introdotto specifiche leggi in materia(13).

Visto il quadro normativo venuto ad esistenza nel volgere di pochi anni si può immaginare che casi come *In re Estate of Russell*(14), dove una persona aveva diviso il proprio patrimonio tra il suo cane ed un amico, rimarranno curiosi ed isolati esempi del passato, sintomatici dell'assenza di norme in materia.

Alle prime stringate affermazioni di principio, limitate ad ammettere la validità dei trust di scopo, ne sono seguite altre dichiaranti a tutti gli effetti validi i trust istituiti per il mantenimento di animali, limitando la possibilità di poterli considerare solo *honorary trust* ed affermando invece a chiare lettere che(15): "A governing instrument shall be liberally

**Note:**

(8) R. Pierce – J. Stevens, *The Law of Trusts* [supra, nota 3], p. 345 s. In questi casi non esiste però alcun obbligo di mantenimento dell'animale suscettibile di esecuzione coattiva.

(9) *Perpetuities and Accumulations Act 1964, sect. 1*. In generale sul tema cfr. M. Lupoi, *Trusts*, II ed., Milano, 2001, pp. 180-187; D. J. Hayton, *Law of Trusts, Fundamental Principles of Law*, III ed., Londra, 1998, pp. 97-100.

(10) D. J. Hayton, *Law of Trusts* [supra, nota 9], p. 97; P. Todd, *Textbook* [supra, nota 4], p. 177.

(11) (1889) 41Ch D 552.

(12) *Re Kelly* [1932] IR 255, 260-261 per Meredith J: "it was suggested that the last of the dogs could in fact not outlive the testator by more than twenty-one years. I know nothing of that. The court does not enter into the question of a dog's expectation of life". La giurisprudenza americana è attestata su identiche posizioni: *In re Howells' Estate*, 260 N.Y.S. 598, 606-7 (Sur. Ct. 1932); *In re Mills' Estate*, 111 N.Y.S.2d 622, 625 (Sur. Ct. 1952). Ma in *Re Haynes*, *The Times*, 7 novembre 1952, Danckwerts J ha ritenuto il trust compatibile con il limite di tempo avendo accertato che un gatto non può vivere per 21 anni; il ragionamento è approvato da P. Todd, *Textbook* [supra, nota 4], p. 177.

(13) Gli stati americani che dispongono di leggi in tema sono consultabili sul sito Internet di G. W. Beyer all'indirizzo: [http://www.professor-beyer.com/articles/animal\\_statutes.htm](http://www.professor-beyer.com/articles/animal_statutes.htm). Sul diritto americano, cfr. G. W. Beyer, *Pet Animals: What Happens When Their Humans Die?*, 40 SANCLR, 617 (2000).

(14) 444 P.2d 353 (Cal. 1968).

La Corte, nel tentativo di dare in qualche modo esecuzione alla volontà del defunto, ha interpretato il testamento nel senso che questi avesse inteso lasciare il patrimonio all'amico confidando che il medesimo si sarebbe preso cura del cane. In appello però i giudici hanno riformato la decisione: la volontà di dividere il patrimonio tra i due era chiara, non potendo ritenersi che il testatore avesse voluto creare un trust per il mantenimento dell'animale, non manifestando espressamente alcun desiderio che l'amico dovesse prendersi cura del cane.

(15) Illinois 760 ILCS 5/15.2 (a); Michigan Comp. Laws Ann., § 700.2722 (2); Montana Code Ann., § 72-2-1017 (2).

construed to bring the transfer within this Section, to presume against a merely precatory or honorary nature of its disposition, and to carry out the general intent of the transferor. Extrinsic evidence is admissible in determining the transferor's intent".

Si è infine giunti (ultima in ordine di tempo la legge di Rhode Island del febbraio 2004) a normative contenenti articolate disposizioni in ordine alla nomina di trustee e guardiani, alla coercibilità del trust, all'affermazione del principio della intangibilità del patrimonio ed al divieto di impiegare beni a scopi diversi, alla riduzione del patrimonio destinato e disponibile per il mantenimento dell'animale ove eccessivo, alla soluzione del problema della *rule against perpetuities*, all'esclusione della necessità che il trustee debba sottoporre periodicamente rendiconti sulla sua attività.

Oggi, dunque, la legislazione statale americana è decisamente all'avanguardia; tra quelle più complete si segnalano le leggi di Illinois (in vigore dal 1° gennaio 2005), Michigan, Montana, Rhode Island. Caso a parte è il Colorado, che possiede forse la legislazione più avanzata in assoluto.

La disciplina di base è che l'animale deve essere in vita quando il disponente istituisce il trust; possono anche essere indicati più animali ed il trust si estingue, salva diversa volontà del disponente, alla morte dell'ultimo di essi. Non vi sono limitazioni con riferimento al tipo di animale, che potrebbe anche non essere di proprietà del disponente; essenziale è che sia identificato.

Nel caso in cui non fosse indicato un trustee questo è, su istanza di qualunque interessato, nominato dal giudice; parimenti, laddove lo strumento non lo preveda, un guardiano può essere nominato dalla corte. Egli è a tutti gli effetti parificato ad un beneficiario per quanto concerne il diritto di far eseguire le disposizioni del trust, incluso quello di ricevere dal trustee informative sull'andamento del trust e dettagliati resoconti sulla sua amministrazione e di approvarli. Secondo lo schema legislativo ormai prevalente il guardiano è soggetto essenziale per il corretto funzionamento del trust ed ogni interessato può presentare istanza volta alla sua nomina ovvero alla sua sostituzione.

Riguardo al coordinamento con la *rule against perpetuities*, normalmente le leggi che ammettono il trust per il mantenimento di animali presentano un solo riferimento temporale, ancorando la durata del trust alla vita dell'animale e disponendone la cessazione alla morte di questo ovvero dell'ultimo anima-

le; Michigan(16) ed Illinois(17) dichiarano espressamente che il trust non è soggetto alla regola, in tal modo risolvendo senza equivoci il problema.

Altre soluzioni legislative prevedono che, qualora la somma necessaria per il mantenimento dell'animale sia largamente inferiore al patrimonio confluito in trust, il giudice dispone lo storno di parte di questo alla massa dei beni da distribuirsi al termine del trust(18) seguendo i criteri di priorità indicati dal disponente o, in mancanza di indicazioni, nell'ordine stabilito dalla legge, in tal modo forse anche prevenendo un uso abusivo dello strumento, come quello registrato in Arizona dove il trustee aveva "irragionevolmente" acquistato un'automobile per consentire all'animale un miglior movimento(19).

Il Colorado(20) si è spinto oltre: in quello stato, mentre è richiesta la registrazione del trust ed al trustee sono rammentati i suoi obblighi(21), con l'evidente scopo di puntualizzare che un trust siffatto non è diverso da ogni altro, i trust a favore di un animale anche solo concepito sono validi(22); non si consente la riduzione dei beni destinati al mantenimento dell'animale anche se eccessivi rispetto allo scopo(23); è espressamente esclusa la *rule against perpetuities*(24).

Note:

(16) Mich. Comp. Laws Ann., § 700.2722 (3) (h).

(17) 760 ILCS 5/15.2 (7).

(18) Le corti si erano già pronunziate in tal senso: *In re Templeton Estate*, 4 Pa. Fiduc. Rep. 2d 172, 175 (Orphans' Ct. 1984), ove l'importo è stato ridotto ad una somma ritenuta sufficiente a realizzare lo scopo voluto dal disponente; *In re Lyon's Estate*, 67 Pa. D. & C.2d 474, 482-83 (C.P. Orphans' Ct. 1974), ove si precisa che la correzione è stata apportata supponendo che il disponente non avesse ben chiaro quale fosse la somma necessaria per il mantenimento dell'animale.

(19) *In re Rogers*, 412 P.2d 710, 710-11 (Ariz. 1966).

(20) Colo. Rev. Stat., § 15-11-901 (2002).

(21) Colo. Rev. Stat., § 15-11-901 (3) (e): "all trustees shall be subject to the laws of this state applying to trusts and trustees".

(22) Colo. Rev. Stat., § 15-11-901 (2).

(23) Colo. Rev. Stat., § 15-11-901 (3) (a).

(24) Colo. Rev. Stat., § 15-11-901 (2).

# Trust auto-dichiarato con riserva del diritto di abitazione

di Grazia Prevete

La trascrizione nei Registri Immobiliari dell'atto istitutivo di trust cosiddetto "autodichiarato", nel quale il disponente riveste la qualifica di trustee e dota il trust della nuda proprietà di un immobile, riservandosene il diritto di abitazione, presenta un duplice ordine di problemi.

Il primo ordine di problemi nella fattispecie in esame è legato, come è noto, alla trascrizione della dotazione o conferimento di beni immobili nel trust.

La trascrizione degli atti di trasferimento di beni immobili nel nostro ordinamento ha natura dichiarativa e non costitutiva e svolge la funzione di risolvere conflitti fra più aventi causa<sup>(1)</sup>, quindi l'atto di dotazione, in assenza di una trascrizione *ad hoc*, produce i suoi effetti fra le parti, ma non nei confronti dei terzi (art. 2644 cod. civ.).

Gli articoli 2643 e seguenti cod. civ. elencano gli atti soggetti a trascrizione, elenco tassativo e non suscettibile di applicazioni analogiche, e l'articolo 2659 cod. civ. prescrive il contenuto della nota di trascrizione, che costituisce la misura della pubblicità e fissa i limiti di opponibilità del titolo che i terzi, per giurisprudenza costante, non sono tenuti a consultare. La norma fissa i requisiti delle parti da indicare nella nota, nei quali non vi è traccia ovviamente del trust, che è stato recepito nel nostro ordinamento molti decenni dopo l'emanazione del codice civile. Né d'altra parte il trust si può ritenere assimilabile ad una persona fisica o giuridica, società commerciale, società semplice o associazione non riconosciuta, come espressamente richiesto dalla norma. Di qui discendono i costanti rifiuti dei Conservatori dei Registri Immobiliari alla trascrizione a favore del trust. Consta un unico caso di trascrizione a favore di un trust; si è tentato con alterne fortune una trascrizione a favore di Tizio trustee, quasi fosse la qualifica trustee parte del nome; negli altri casi si è ricorso alla trascrizione del contratto a favore della persona fisica, indicando poi nel quadro D della nota di trascrizione la sua qualità di trustee.

Si discute peraltro sull'opponibilità ai terzi di quanto indicato nel quadro D, questione sorta, come molte altre, dopo la meccanizzazione delle Conservatorie (L. 27 febbraio 1985, n. 52), per la quale è sta-

to adottato un *software* rigido. In tempi anteriori, il contenuto della nota era praticamente libero: nella nota potevano essere inseriti tutti gli elementi ritenuti necessari od opportuni; siamo quindi passati da un regime che consentiva praticamente di riportare nella nota l'intero contenuto di un atto, ad un regime che consente di indicare solo gli elementi previsti e consentiti. Ma gli atti, in particolare quelli notarili, non hanno un contenuto così rigidamente prefissato e immutabile, si evolvono in relazione alle necessità del commercio giuridico e, come nel caso del trust, recepiscono e disciplinano istituti non previsti né dal nostro ordinamento, né dal *software* applicativo per la nota di trascrizione. L'unica soluzione in questi casi è inserire gli elementi ritenuti indispensabili o utili per la esatta descrizione della situazione giuridica di un bene nell'unico spazio a contenuto libero, il quadro D della nota stessa. Per i non addetti ai lavori, la nota di trascrizione è composta dal quadro A nel quale si indica il titolo, dal quadro B nel quale si indicano gli immobili oggetto del contratto, dal quadro C nel quale si indicano i soggetti, e dal quadro D; i dati devono essere inseriti nei vari campi ed esistono serie di codici per l'individuazione dei dati (v. D. M. 5 luglio 1986).

Il secondo ordine di problemi per la trascrizione dell'atto in esame è connesso al diritto di abitazione.

Il diritto di abitazione, come è noto, è un diritto reale, disciplinato dagli articoli 1022 e seguenti cod. civ., non si può cedere o dare in locazione (art. 1024 cod. civ.), si applicano in quanto compatibili le disposizioni relative all'usufrutto (art. 1026 cod. civ.), né si dubita pacificamente sulla qualificazione della proprietà residua quale nuda proprietà, in quanto il diritto di abitazione assorbe l'intero contenuto del diritto di proprietà e determina pertanto anche l'imponibilità fiscale a carico del titolare del diritto di abi-

---

#### Note:

Grazia Prevete è notaio in Torino.  
L'articolo è posto a commento delle note di trascrizione che possono leggersi *infra*, 140.

(1) Cass. Civ., 19 agosto 2002, n. 12236, Gius., 2003, 1, 73.

tazione. Quindi, il diritto residuo è la nuda proprietà per tutti, ma non per i Registri Immobiliari: infatti per il *software* applicativo il diritto di abitazione sommato alla nuda proprietà non dà come totale l'intera piena proprietà. L'alternativa è o indicare nel quadro C "nuda proprietà" e "usufrutto", ma in realtà il diritto di abitazione è un diritto autonomo rispetto all'usufrutto, è ad esempio intrasferibile sia volontariamente sia coattivamente(2), con le conseguenze del caso, ovvero indicare nel quadro C "proprietà" e nel quadro D precisare che la proprietà è gravata del diritto di abitazione.

Ecco pertanto che ritorna il problema dell'opponibilità ai terzi del quadro D della nota di trascrizione, correlato in genere al problema dei limiti di opponibilità del titolo e della prevalenza dell'atto sulla nota di trascrizione nel caso di difformità fra i due. E' pur vero che in quest'ultimo caso la giurisprudenza ha più volte affermato che prevale il contenuto del titolo che rappresenta il presupposto per la trascrizio-

ne(3), ma è anche vero che le pronunzie giurisprudenziali possono cambiare e che nella regolamentazione di interessi che l'operatore giuridico ed in particolare il notaio prospetta alle parti non può esistere neppure un esiguo margine di incertezza.

In conclusione la diffusione dell'istituto del trust, strumento adatto a risolvere brillantemente problematiche giuridiche altrimenti di difficile soluzione, postula un intervento del legislatore per l'adeguamento della nostra normativa onde garantire agli utenti quello che è il fondamento del nostro ordinamento giuridico, la certezza del diritto.

.....  
**Note:**

(2) Cfr. F. De Martino, Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione, in A. Scialoja - G. Banca (curr.), Commentario del codice civile, Libro Terzo, Della proprietà, art. 957-1026, Bologna - Roma, 1978, 358.

(3) Cass. Civ., 14 ottobre 1974, n. 2851, Rep. Foro it., 1974, voce "Trascrizione e conservatorie dei registri immobiliari", n. 27; Cass. Civ., 16 marzo 1981, n. 1448, Mass. Giur. it., 1981, voce "Trascrizione", n. 18.

Prassi negoziale

# Trust auto-dichiarato con riserva del diritto di abitazione

PRV GRZ 47D62 D969Y N.REP. 34787 PROG. VERS. 1 PAG. 1

	<b>AGENZIA DEL TERRITORIO</b>	UFFICIO PROVINCIALE DI <b>TORINO</b>
	<b>NOTA DI TRASCRIZIONE</b>	SERVIZIO DI PUBBLICITA' IMMOBILIARE CIRCOSCRIZIONE DI SEZIONE STACCATA DI <b>SUSA</b>

**RISERVATO ALL'UFFICIO**

DATA DELLA RICHIESTA GG MM AA <b>07 02 2004</b>	N. PRESENTAZIONE NELLA GIORNATA <b>10</b>	N. DI REGISTRO GENERALE <b>1122</b>	N. DI REGISTRO PARTICOLARE <b>840</b>
---	--	--	--

**QUADRO A**

<b>DATI RELATIVI AL TITOLO</b>			
DESCRIZIONE <b>ATTO NOTARILE PUBBLICO</b>			
DATA GG MM AA <b>23 01 2004</b>	NUMERO DEL REPERTORIO <b>34787</b>		
PUBBLICO UFFICIALE O AUTORITA' EMITTENTE	CATEGORIA <b>1</b>	COGNOME E NOME (O DENOMINAZIONE) <b>PREVETE GRAZIA</b>	
	SEDE <b>TORINO</b>	PROVINCIA <b>TO</b>	Codice Fiscale <b>PRVGRZ47D62D969Y</b>
<b>DATI RELATIVI ALLA CONVENZIONE</b>			
ATTO DI CUI SI CHIEDE LA TRASCRIZIONE	SPECIE <b>ATTO TRA VIVI</b>		
	DESCRIZIONE <b>TRASFERIMENTO DI IMMOBILI AI TRUSTEE</b>		CODICE <b>100</b>
	SOGGETTO A VOLTURA CATASTALE <input checked="" type="checkbox"/> DIFFERITA <input type="checkbox"/> DAL GG MM AA		
	FOGLIO INFORMATIVO PER L'ESECUZIONE DELLA VOLTURA AUTOMATICA		
	PRESENZA DI CONDIZIONE <input type="checkbox"/> PRESENZA DI TERMINI DI EFFICACIA DELL'ATTO <input type="checkbox"/>		
DATI PER ATTI MORTIS CAUSA	DATA DI MORTE GG MM AA	SUCCESSIONE TESTAMENTARIA <input type="checkbox"/>	RINUNZIA O MORTE DI UN CHIAMATO <input type="checkbox"/>
<b>ALTRI DATI</b>			
FORMALITA' DI RIFERIMENTO	DATA GG MM AA	NUMERO DI REGISTRO PARTICOLARE	
PARTI LIBERE NEL QUADRO D RELATIVE A:	QUADRO A <input type="checkbox"/>	QUADRO B <input checked="" type="checkbox"/>	QUADRO C <input checked="" type="checkbox"/>
RICHIEDENTE (se diverso da pubblico ufficiale o autorita' emittente)	COGNOME E NOME (O DENOMINAZIONE)		
	INDIRIZZO		

**RISERVATO ALL'UFFICIO**

PAGINE	<b>6</b>	IMPOSTA IPOTECARIA E.		ESEGUITA LA FORMALITA'. ESATTI EURO *centotré e ventinove cen tesimi*
UNITA' NEGOZIALI	<b>1</b>	SOPRATTASSA E.		
SOGGETTI A FAVORE	<b>2</b>	PENA PECUNIARIA E.		IMPORTI VERSATI AI SENSI DEL D. LGS N. 237/1997 E SUCC. MOD. IL CONSERVATORE
SOGGETTI CONTRO	<b>2</b>	BOLLO E.	<b>51,65</b>	
ISCR. CAMPIONE CERTO ART. N.		TASSA IPOTECARIA E.	<b>51,64</b>	
PREN. A DEBITO ART. N.		TOTALE GENERALE E.	<b>103,29</b>	
				TIMBRO A CALENDARIO <b>FEB. 2004</b>

**QUADRO C - SOGGETTI** Tras. PRV GRZ 47D62 D969Y N.REP. 34787 PROG. VERS. 1 PAG. 3

PROG. SOG.	PROG. RIGA	CODICE FISCALE	DENOMINAZIONE O RAGIONE SOCIALE, OVVERO:				SESSO	DATA DI NASCITA
			SEDE LEGALE (COMUNE) OVVERO COMUNE O STATO ESTERO DI NASCITA		REGIME	DIRITTI REALI OGGETTO DELL'IPOTECA		
				COGNOME E NOME	QUOTA IN FRAZIONE	DESCRIZIONE	CODICE UN.	

**A FAVORE**

1	1		R	/L		M	1926
		TORINO	TO	C	1/2	NUDA PROPRIETA'	2 1
2	1		V	/L		F	1931
		MONCALIERI	TO	C	1/2	NUDA PROPRIETA'	2 1

**CONTRO**

1	1		P	/U		M	1958
		TORINO	TO	S	1/2	NUDA PROPRIETA'	2 1
2	1		R	/P		F	1959
		TORINO	TO	S	1/2	NUDA PROPRIETA'	2 1

## QUADRO D

Tras.

PRV GRZ 47D62 D969Y N.REP. 34787

PROG.

VERS. I PAG. 4

ALTRI ASPETTI CHE SI RITIENE UTILE INDICARE AI FINI DELLA PUBBLICITA' IMMOBILIARE OVVERO AI FINI CATASTALI		
PREMESSO: CHE I SIGNORI R L' E VI L' SONO TRUSTEES		
DEL TRUST , QUALE ISTITUITO CON SCRITTURA PRIVATA		
AUTENTICATA DAL NOTAIO GRAZIA PREVETE IN DATA 23 GENNAIO 2004		
REPERTORIO 34786, IN CORSO DI REGISTRAZIONE A TORINO;		
U CHE IL SUDDETTO TRUST E REGOLATO, GIUSTA ESPRESSA SCELTA CONTENUTA		
NELL'ATTO ISTITUTIVO, DALLA LEGGE INGLESE;		
U CHE TRA I POTERI DEL TRUSTEE, ESPRESSAMENTE ATTRIBUITI ALLO STESSO		
NELL'ATTO ISTITUTIVO DEL TRUST, VI E QUELLO DI ACQUISTARE BENI		
IMMOBILI, I QUALI ENTRANO COSI A FAR PARTE DELLA MASSA DEI BENI IN		
TRUST;		
U CHE, PUR NON ESSENDO NECESSARIO L'ACCERTAMENTO DELLA QUALIFICA DI		
TRUSTEE AI FINI DELL'EFFICACIA DEL PRESENTE ATTO, E NECESSARIO DAR		
CONTO DI TALE QUALIFICA AL FINE DI RENDERE POSSIBILE U GIUSTO IL		
DISPOSTO DELL'ARTICOLO 12 DELLA CONVENZIONE DELL'AJA DEL 1? LUGLIO		
1985, RESA ESECUTIVA IN ITALIA CON LEGGE 16 OTTOBRE 1989 NUMERO 364 U		
LA CONOSCENZA DEL VINCOLO DEI BENI IN TRUST DA PARTE DEI TERZI E		
QUINDI, INDIRETTAMENTE, LA SEGREGAZIONE DEI MEDESIMI BENI;		
U CHE INFATTI, AI SENSI DEGLI ARTICOLI 2, COMMA 2, LETTERA A), E 11		
DELLA SUDDETTA CONVENZIONE, I BENI IN TRUST COSTITUISCONO UNA MASSA		

FORMALITA' PRESENTATA AI SENSI DEL 2° COMMA DELL'ART. 16 DELLA LEGGE 27-2-1985 N.52 E D.I. 9-1-1990.

FIRMA DEL RICHIEDENTE \_\_\_\_\_

## RISERVATO ALL'UFFICIO PER ANNOTAZIONI

DATA	N. PARTICOLARE	DESCRIZIONE E FIRMA

Tras. PRV GRZ 47D62 D969Y N.REP. 34787 PROG. VERS. 1 PAG. 5

	<b>MINISTERO DELLE FINANZE</b> DIPARTIMENTO DEL TERRITORIO	UFFICIO DEL TERRITORIO DI SERVIZIO DI PUBBLICITA' IMMOBILIARE CIRCOSCRIZIONE DI CONSERVATORIA DEI RR.II. DI <b>SUSA</b>
	<b>ALLEGATO</b>	

QUADRO D (Nota del 07/02/2004 N. 10 )

ALTRI ASPETTI CHE SI RITIENE UTILE PUBBLICARE
DISTINTA, NON FANNO PARTE DEL PATRIMONIO DEL TRUSTEE PUR ESSENDO A LUI
INTTESTATI, E U IN QUANTO SEPARATI DAL PATRIMONIO PERSONALE DEL
TRUSTEE U NON POSSONO FORMARE OGGETTO DI PROCEDURE CAUTELARI OD
ESECUTIVE DA PARTE DEI CREDITORI PERSONALI DEL TRUSTEE;
U CHE QUINTI LE PARTI HANNO CHIESTO LA TRASCRIZIONE DELL'ATTO, OLTRE
CHE A FAVORE, ANCHE CONTRO I TRUSTEES, AL FINE DI FAR CONSTARE
L'ESISTENZA DEL VINCOLO DEL TRUST, CON ESONERO PER IL CONSERVATORE
DELL'UFFICIO DEL TERRITORIO DI SUSAS DA RESPONSABILITA;
U CHE, GIUSTO IL DISPOSTO DELL'ARTICOLO 11, COMMA 2, LETTERA C), DELLA
CONVENZIONE DELL'AJA DEL 1° LUGLIO 1985, E DELLA LEGGE INGLESE
APPLICABILE AL TRUST, I BENI IN TRUST NON FANNO PARTE DEL REGIME
PATRIMONIALE DEI TRUSTEES.
LA PARTE ACQUIRENTE SI E OBBLIGATA, PER SE STESSA E PER I PROPRI
AVENTI CAUSA A QUALSIASI TITOLO, AD OSSERVARE E FARE OSSERVARE IL
REGOLAMENTO PARTICOLARE DEL FABBRICATO "C" DEPOSITATO NEGLI ATTI DEL
NOTAIO DACOMO IN DATA 27 APRILE 1988, REGISTRATO A TORINO IL 5 MAGGIO
1988 AL NUMERO 17874,
NONCHE LA REGOLAMENTAZIONE GENERALE DISPOSTA CON REGOLAMENTO
DEPOSITATO NEGLI ATTI DEL NOTAIO ASTORE IN DATA 18 GIUGNO 1974,
REGISTRATO A TORINO IL 5 LUGLIO 1974 AL NUMERO 23061.
LA VENDITA E STATA FATTA ED ACCETTATA SOTTO L'OSSERVANZA DI TUTTI I
PATTI, CLAUSOLE, CONDIZIONI CONTENUTI NELL'ATTO A ROGITO DEL NOTAIO
ASTORE IN DATA 27 GIUGNO 1974, REGISTRATO A TORINO IL PRIMO LUGLIO
1974 AL NUMERO 22259.
IN CONSEGUENZA DEL TITOLO CHE SI TRASCRIVE LA NUDA PROPRIETA DELLE
UNITA IMMOBILIARI IN OGGETTO:
A) APPARTIENE AL TRUST O AI TRUSTEES DEL " ";
B) COSTITUISCE UN PATRIMONIO SEPARATO E PERTANTO OGNI RESPONSABILITA,
DIRITTO E POTERE DA QUESTO MOMENTO, E ASSUNTO ED ESERCITATO DAI
TRUSTEES NON NELL'INTERESSE PROPRIO MA NELLA LORO DETTA QUALITA.

Tras. PRV GRZ 47D62 D969Y N.REP. 34787 PROG. VERS. 1 PAG. 6

	<b>MINISTERO DELLE FINANZE</b>	UFFICIO DEL TERRITORIO DI
	DIPARTIMENTO DEL TERRITORIO	SERVIZIO DI PUBBLICITA' IMMOBILIARE
<b>ALLEGATO</b>		CIRCOSCRIZIONE DI
		CONSERVATORIA DEI RR.II. DI <b>SUSA</b>

QUADRO D (Nota del 07/02/2004 N. 10 )

ALTRI ASPETTI CHE SI RITIENE UTILE PUBBLICARE

IL TRUST IN QUANTO COSTITUITO IN CONFORMITA ALLA LEGGE INGLESE, SCELTA PER REGOLARLO, DEVE ESSERE RICONOSCIUTO COME TRUST SECONDO LA CONVENZIONE ADOTTATA A L'AJA IL 17 LUGLIO 1985, RATIFICATA DALL'ITALIA CON LEGGE 16 OTTOBRE 1989 NUMERO 364, RELATIVA ALLA LEGGE APPLICABILE AI TRUSTS E TALE RICONOSCIMENTO IMPLICA, PREVENDOLO LA LEGGE APPLICABILE AL TRUST, AI SENSI DELLA CONVENZIONE STESSA ED IN PARTICOLARE DEGLI ARTICOLI 2 E 11, CHE:

- I BENI IN TRUST COSTITUISCONO UNA MASSA DISTINTA, NON FANNO PARTE E SONO SEPARATI DAL PATRIMONIO DEI TRUSTEES, NON FANNO PARTE DEL LORO REGIME MATRIMONIALE O DELLA LORO SUCCESSIONE;
- I CREDITORI PERSONALI DEI TRUSTEES E DEI BENEFICIARI NON POSSONO AGGREDIRE I BENI IN TRUST;
- I TRUSTEES HANNO LA CAPACITA DI AGIRE IN GIUDIZIO ED ESSERE CITATI IN GIUDIZIO, O DI COMPARIRE IN QUALITA DI TRUSTEES DAVANTI AD UN NOTAIO O ALTRA PERSONA CHE RAPPRESENTI UN'AUTORITA PUBBLICA.

PRV GRZ 47D62 D969Y N.REP. 34787/ 2 PROG. VERS. 1 PAG. 1

	<b>AGENZIA DEL TERRITORIO</b>	UFFICIO PROVINCIALE DI <b>TORINO</b>
	<b>NOTA DI TRASCRIZIONE</b>	SERVIZIO DI PUBBLICITA' IMMOBILIARE CIRCOSCRIZIONE DI SEZIONE STACCATA DI <b>SUSA</b>

**RISERVATO ALL'UFFICIO**

DATA DELLA RICHIESTA GG MM AA <b>27 02 2004</b>	N.PRESENTAZIONE NELLA GIORNATA <b>24</b>	N. DI REGISTRO GENERALE <b>1762</b>	N. DI REGISTRO PARTICOLARE <b>1304</b>
---	---	--	---

**QUADRO A**

<b>DATI RELATIVI AL TITOLO</b>			
DESCRIZIONE <b>ATTO NOTARILE PUBBLICO</b>			
DATA	GG MM AA <b>23 01 2004</b>	NUMERO DEL REPERTORIO	<b>34787/ 2</b>
PUBBLICO UFFICIALE O AUTORITA' EMITTENTE	CATEGORIA <b>1</b>	COGNOME E NOME (O DENOMINAZIONE) <b>PREVETE GRAZIA</b>	
	SEDE <b>TORINO</b>	PROVINCIA <b>TO</b>	Codice Fiscale <b>PRVGRZ47D62D969Y</b>
<b>DATI RELATIVI ALLA CONVENZIONE</b>			
ATTO DI CUI SI CHIEDE LA TRASCRIZIONE	SPECIE <b>ATTO TRA VIVI</b>		
	DESCRIZIONE <b>TRASFERIMENTO DI IMMOBILI AI TRUSTEE</b>		
	CODICE <b>8100</b>		
	SOGGETTO A VOLTURA CATASTALE <input checked="" type="checkbox"/> DIFFERITA <input type="checkbox"/> DAL GG MM AA		
	FOGLIO INFORMATIVO PER L'ESECUZIONE DELLA VOLTURA AUTOMATICA		
PRESENZA DI CONDIZIONE <input type="checkbox"/>		PRESENZA DI TERMINI DI EFFICACIA DELL'ATTO <input type="checkbox"/>	
DATI PER ATTI MORTIS CAUSA	DATA DI MORTE GG MM AA	SUCCESSIONE TESTAMENTARIA <input type="checkbox"/>	RINUNZIA O MORTE DI UN CHIAMATO <input type="checkbox"/>
<b>ALTRI DATI</b>			
FORMALITA' DI RIFERIMENTO	DATA GG MM AA <b>07 02 2004</b>	NUMERO DI REGISTRO PARTICOLARE	<b>840</b>
PARTI LIBERE NEL QUADRO D RELATIVE A:	QUADRO A <input type="checkbox"/>	QUADRO B <input type="checkbox"/>	QUADRO C <input checked="" type="checkbox"/>
RICHIEDENTE (se diverso da pubblico ufficiale o autorità emittente)	COGNOME E NOME (O DENOMINAZIONE)		
	INDIRIZZO		

**RISERVATO ALL'UFFICIO**

PAGINE	<b>4</b>	IMPOSTA IPOTECARIA E.	<b>129,11</b>	ESEGUITA LA FORMALITA'. ESATTI EURO *duecentoundici e settant aquattro centesimi*
UNITA' NEGOZIALI	<b>1</b>	SOPRATTASSA E.		
SOGGETTI A FAVORE	<b>2</b>	PENA PECUNIARIA E.		<b>IMPORTI VERSATI AI SENSI DEL D.LGS N.237/1997 E SUCC. MOD.</b>
SOGGETTI CONTRO	<b>2</b>	BOLLO E.	<b>30,99</b>	
ISCR. CAMPIONE CERTO ART. N.		TASSA IPOTECARIA E.	<b>51,64</b>	IL CONSERVATORE 
PREN. A DEBITO ART. N.		TOTALE GENERALE E.	<b>211,74</b>	

TIMBRO A CALENDARIO

**QUADRO C - SOGGETTI** Tras. PRV GRZ 47D62 D969Y N.REP. 34787/ 2 PROG. VERS. 1 PAG. 3

PROG. SOG.	PROG. RIGA	CODICE FISCALE	DENOMINAZIONE O RAGIONE SOCIALE, OVVERO:				SESSO	DATA DI NASCITA
			COGNOME E NOME		DIRITTI REALI OGGETTO DELL'IPOTECA			
		SEDE LEGALE (COMUNE) OVVERO COMUNE O STATO ESTERO DI NASCITA	REGIME	QUOTA IN FRAZIONE	DESCRIZIONE	CODICE	PROG. U.N.	

**A FAVORE**

1	1		R	/I		M	1926
		TORINO	TO	C	1/2	PROPRIETA'	1 1
2	1		V	/LI		F	1931
		MONCALIERI	TO	C	1/2	PROPRIETA'	1 1

**CONTRO**

1	1		P	/I		M	1958
		TORINO	TO	S	1/2	PROPRIETA'	1 1
2	1		R	/P		F	1959
		TORINO	TO	S	1/2	PROPRIETA'	1 1

**QUADRO D**

**Tras.** PRV GRZ 47D62 D969Y N.REP. 34787/ 2 PROG. VERS. 1 PAG. 4

ALTRI ASPETTI CHE SI RITIENE UTILE INDICARE AI FINI DELLA PUBBLICITA' IMMOBILIARE  
 OVVERO AI FINI CATASTALI

SI CHIEDE CHE VENGA RETTIFICATA LA TRASCRIZIONE EFFETTUATA IN DATA 7  
 FEBBRAIO 2004 AI NUMERI 1122 E 840, IN QUANTO, PER ERRORE MATERIALE  
 NEL QUADRO B E' STATA INDICATA LA NUDA PROPRIETA', MENTRE I SIGNORI  
 P I E R I P HANNO VENDUTO AI SIGNORI R L' E  
 V L' LA PROPRIETA' GRAVATA DEL DIRITTO DI ABITAZIONE  
 VITALIZIO CHE I VENDITORI SI SONO RISERVATI CON DIRITTO DI  
 ACCRESCIMENTO FRA DI LORO, SENZA OBBLIGO DI CAUZIONE NE' DI INVENTARIO

FORMALITA' PRESENTATA AI SENSI DEL 2° COMMA DELL'ART. 16 DELLA LEGGE 27-2-1985 n.32 E D.L. 9-1-1990.

FIRMA DEL RICHIEDENTE \_\_\_\_\_

**RISERVATO ALL'UFFICIO PER ANNOTAZIONI**

DATA	N. PARTICOLARE	DESCRIZIONE E FIRMA