

SAGGI

La reazione dell'ordinamento di fronte a trust elusivi di Maurizio Lupoi	333
Rise of the Management Trust di John H. Langbein	338
Trust Classification Times Four – Part I di Robert C. Lawrence, III – Dina Kapur Sanna	342
Il trust auto-dichiarato nella Convenzione de L'Aja sui trust di Saverio Bartoli	355
Onorabilità e professionalità di amministratori e trustee: il caso di Guernsey di Paolo Panico	366
Common Pitfalls and Traps that Catch the Unwary and Invalidate the Deed di Simon P. Beck	376
“Sham” e altri temi centrali del diritto dei trust nella sentenza “Grupo Torras” di Mark Bridges	384
A Brief Review of the Revised Laws on Trusts in Malta di Max Ganado	391
The Liechtenstein Foundation: status and current development di Heinz Frommelt	400

GIURISPRUDENZA

Intavolazione del diritto di proprietà del trustee Italia, Tribunale di Trento, Sezione Distaccata di Cles, Giudice Tavolare, decreto 7 aprile 2005, Fabrizio Sertori	406
Sequestro conservativo a carico del trustee Italia, Tribunale di Velletri, ordinanza 7 marzo 2005, A. e A. C. S. c. A. F., con l'intervento del trustee	407
Trust per agevolare un concordato preventivo Italia, Tribunale di Parma, sentenza 3 marzo 2005, ... Santa Rita ... in liquidazione	409
Intento fraudolento e sequestro preventivo dei beni in trust Italia, Tribunale di Torino, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, decreto 19 gennaio 2004, D. G. c. D. B., E. B., B. B., F. D.	412
Italia, Tribunale di Torino, Sezione per il Riesame, ordinanza 9 febbraio 2004, D. G. c. D. B., E. B., B. B., F. D.	414
Italia, Tribunale di Grosseto, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, decreto 6 febbraio 2004, D. G. c. D. B., E. B., B. B., F. D.	416

S o m m a r i o

Requisiti della “licenza fiduciaria” in Guernsey Guernsey, Royal Court, sentenza 27 agosto 2004, Castle Company Management (LLC) v Guernsey Financial Services Commission	420
Guernsey, Court of Seneschal, sentenza 10 febbraio 2004, Castle Company Management (LLC) v Guernsey Financial Services Commission	422
Guernsey, Financial Service Tribunal, sentenza 22 luglio 2003, Castle Company Management (LLC) Limited v Guernsey Financial Services Commission	424

Giurisprudenza storica

Fedecommesso istituito all'estero con il ricavato della vendita di beni immobili italiani Italia, Corte d'Appello di Cagliari, sentenza 12 maggio 1898, Piercy	434
---	-----

LEGISLAZIONE

San Marino. Le leggi di San Marino sui trust	436
Malta. Trusts and Trustees Act – I Parte	449
Svizzera. Proposta di decreto federale che approva la Convenzione de l'Aja – I Parte	459

PRASSI NEGOZIALE

Disposizioni generali dell'atto istitutivo di Maurizio Lupoi	471
Risposta a interpello: rideterminazione da parte dei beneficiari del costo delle partecipazioni vincolate in trust “nudi”	480
Trust socio unico di s.r.l.	483

LETTURE

Trust e negozio di destinazione allo scopo di Tommaso Arrigo	484
--	-----

La reazione dell'ordinamento di fronte a trust elusivi

di Maurizio Lupoi

SOMMARIO: § 1. Inquadramento. – § 2. La segregazione dei beni in trust. – § 3. La vicenda decisa dal giudice penale. – § 4. La vicenda decisa dal giudice civile. – § 5. Legge applicabile al trust e diritti dei creditori. – § 6. Trust e negozi "tipici" di diritto civile. – § 7. La pronuncia della Cassazione.

§ 1. Inquadramento.

Il Tribunale di Firenze in sede civile e il Tribunale di Torino in sede penale si sono occupati della medesima fattispecie: un soggetto istituisce un trust allo scopo di fare uscire dal proprio patrimonio beni che altrimenti sarebbero aggrediti dai suoi creditori. Entrambi i giudici hanno frustrato tale scopo e entrambi hanno impiegato il sequestro: conservativo civile in un caso, preventivo penale nell'altro(1).

Chi scrive queste note ha sempre sostenuto non soltanto che i trust sono *funzionalmente* preposti a obiettivi *diversi* da quello di frodare i creditori (o i legittimari), ma anche che, a parità di finalità illecita, i trust sono più facilmente attaccabili rispetto a negozi di diritto civile e, infine, che il nostro ordinamento giuridico è perfettamente equipaggiato per reprimere eventuali tentativi di sviamento funzionale dell'istituto nelle sue concrete applicazioni.

Lo sviluppo dei trust in Italia ha dimostrato la correttezza di questi assunti. Circa il primo, quasi quaranta pronunce in sede civile, penale o tributaria degli ultimi anni consentono di prendere conoscenza e quindi valutare le finalità di altrettanti trust interni e palesano trattarsi regolarmente di finalità lecite, che non sarebbero tuttavia realizzabili, o non sarebbero realizzabili con eguale efficacia, avvalendosi degli strumenti offerti dal diritto italiano; onde i trust interni colmano lacune dell'ordinamento, almeno fino a quando non disporremo di una legge che consenta di produrre i medesimi effetti senza fare ricorso a leggi straniere (quelle che attualmente disciplinano i trust interni). Circa il secondo e il terzo, le due pronunce richiamate in apertura mostrano una prontezza di reazione giudiziaria e una pienezza di soddisfazione degli interessi dei creditori che sarebbe stato difficile ottenere

qualora il debitore avesse impiegato una fra le tecniche elusive consuete.

Esaminiamo la vicenda penale, prima torinese e poi grossetana. Tizio promette in vendita a Caio e Sempronio una partecipazione azionaria; la vendita non ha luogo e le parti adiscono il collegio arbitrale previsto nel contratto preliminare; il lodo attua specificamente l'obbligo di contrarre e condanna i promissari acquirenti a versare il prezzo a Tizio: una prima rata entro trenta giorni dal lodo, il saldo in più rate. Tizio notifica il lodo in forma esecutiva il 20 dicembre 2003 (tre giorni dopo notificherà precetto di pagamento). Lo stesso 20 dicembre, in Grosseto, Caio e Sempronio istituiscono tre trust, con contestuali trasferimenti di numerose proprietà immobiliari, trascritti il 24 dicembre. Tizio viene a conoscenza dei trust e dei trasferimenti quando, qualche giorno dopo, compie una visura nei registri immobiliari e presenta immediatamente querela alla Procura di Torino (luogo di residenza delle parti), ipotizzando la commissione del reato di cui all'art. 388 cod. pen.; il P. M. chiede al G. I. P. l'emissione di decreto di sequestro preventivo, che viene pronunciato il 19 gennaio 2004 con contestuale riconoscimento della incompetenza territoriale e remissione degli atti al Tribunale di Grosseto, il cui G. I. P. conferma il provvedimento torinese con provvedimento del 6 febbraio 2004(2) (nel frattempo, il Tribunale del Riesame di Torino ha rigettato il reclamo degli indagati).

Esaminiamo ora la vicenda fiorentina. Nei suoi dati essenziali, essa vede un soggetto, debitore di una banca, trasferire un importante pacchetto azionario a trustee proprio nel momento nel quale la banca gli ha richiesto il rimborso di un finanziamento (al quale egli pacificamente non è in grado di fare fronte

Note:

Maurizio Lupoi è professore ordinario dell'Università di Genova.

(1) Tribunale di Firenze, 6 giugno 2002, in questa Rivista, 2004, 256 e Tribunale di Torino, 9 febbraio 2004, *infra*, 414; sulla prima pronuncia v. A. Neri, Inefficacia di un trust a danno dei creditori, in questa Rivista, 2005, 62.

(2) Tribunale di Grosseto, 6 febbraio 2004, *infra*, 416.

Saggi

con i propri restanti beni). Il finanziamento era stato garantito da un terzo, che la Banca escute senza difficoltà con esito positivo, ed è quindi il terzo che agisce in giudizio con azione revocatoria del trasferimento ai trustee e, intanto, con richiesta di sequestro conservativo, che il Tribunale autorizza.

§ 2. La segregazione dei beni in trust.

È interessante che entrambi gli atti istitutivi di trust contengano una clausola, originariamente elaborata dall'autore di queste note (in diversi contesti), secondo la quale "i beni in trust sono separati dal patrimonio personale del trustee [...] e non sono in alcun modo aggredibili né dai suoi creditori personali né dai creditori del disponente". Nel redigere questa frase mai avevo pensato che alcun giudice potesse leggerla come ostativa all'esperimento di una azione revocatoria o all'adozione di provvedimenti conservativi. Nel procedimento penale torinese la difesa ha affermato trattarsi di una clausola di stile e in quello civile fiorentino il convenuto non ha cercato neanche di avvalersene, ma il giudice ha dedicato comunque attenzione alla disposizione in essa contenuta, affermando che essa sarebbe nulla qualora volesse realizzare una "fattispecie assoluta di non aggredibilità" e precisando che "a tale tesi estrema mostra di non credere lo stesso resistente". Meno male. In effetti, la clausola non dice nulla che non sia già nel mondo del diritto: i creditori del trustee non possono agire sui beni in trust perché opera la segregazione, quelli del disponente non possono agire perché i beni non sono più del disponente, ma in tanto non possono agire in quanto il trasferimento al trustee non sia di per sé attaccabile, per esempio per mezzo dell'azione revocatoria (o, in campo successorio, dell'azione di riduzione).

È parimenti interessante che in entrambi i trust i trustee siano stati scelti fra i familiari o i soci del disponente, come se nessun professionista avesse accettato la funzione di trustee.

Infine, in entrambi i casi, il trust venne istituito nell'imminenza o subito dopo la formulazione di una precisa richiesta da parte del creditore e comunque quando il debito del disponente era già pacificamente sorto, certo e esigibile.

È difficile per chi annota decisioni emesse in seguito a cognizione sommaria prendere posizione sui fatti di causa; assumendo gli eventi come essi sono narrati nei rispettivi provvedimenti di sequestro, la

prima reazione è di incondizionata adesione. Entrambe le vicende appaiono emblematiche di come non si debba guardare ai trust ed entrambe si sono risolte favorevolmente per i rispettivi creditori perché i giudici hanno guardato *alla sostanza* delle operazioni e non hanno avuto difficoltà nel sequestrare beni nelle mani di terzi (i trustee), sia pure con le diverse motivazioni che il contesto penale e il contesto civile imponevano.

§ 3. La vicenda decisa dal giudice penale.

La vicenda torinese-grossetana muove, in punto di diritto, dalla equiparazione del lodo arbitrale esecutivo a una sentenza di condanna (con riferimento all'art. 388 cod. pen.) e si occupa diffusamente delle "spiegazioni" fornite dalla difesa per il trasferimento dei beni immobili ai trustee di tre diversi trust. Specialmente nel provvedimento del G. I. P. di Grosseto si chiarisce bene che il trust "ha una causa tipica di per sé del tutto lecita e neutra rispetto alle ulteriori finalità perseguite, che è quella di trasferire il c. d. *trust fund* al trustee, quale unico soggetto titolare dei poteri di gestione ed amministrazione dei beni conferiti nel trust", e prosegue osservando come ciò "si possa prestare ad essere asservito a finalità elusive, quale quella di nascondere ai creditori la piena disponibilità di un bene ovvero di un patrimonio, con una deviazione da quella caratteristica essenziale innanzi delineata". In altre parole, il Giudice vuole capire perché un trust viene istituito e, se non resta convinto delle ragioni offerte, valuta gli elementi che depongono in senso diverso e decide poi come proteggere gli interessi offesi.

Si tratta ovviamente dell'approccio corretto. Vado ripetendo da anni che la ragione della fortuna dei trust in Italia risiede nella loro idoneità a proteggere legittimi interessi, ai quali il diritto italiano non offre tutela, e, mutuando le conclusioni raggiunte dalla dottrina internazionalprivatistica, che la sottoposizione a una legge straniera di un rapporto che sarebbe altrimenti sottoposto alla legge italiana in tanto è valida in quanto realizzi quella finalità protettiva(3).

Nella vicenda torinese-grossetana i debitori si erano mossi con una spregiudicatezza che non solo

Nota:

(3) M. Lupoi, Perché i trust in Italia, in M. Dogliotti - A. Braun (curr.), *Il trust nel diritto delle persone e della famiglia*, Milano, 2003, 19.

rendeva le “spiegazioni” offerte del tutto incredibili, ma che palesava quello che una volta era definito “intento pravo”; per esempio, avere trattato una transazione con il creditore offrendo, fra l'altro, precisamente uno dei beni che esattamente il giorno successivo avrebbero trasferito ai trustee. Si dovrebbe forse parlare di grossolanità giuridica, come appare dall'intreccio fra i debitori, i trustee e i beneficiari dei trust e dalla inesistenza di alcuna ragione per l'istituzione dei trust. I giudici non lo dicono, perché le tematiche dei trust non sono ancora entrate nel patrimonio delle comuni conoscenze giuridiche, ma forse emergerà nel seguito del procedimento penale: è probabilmente sostenibile che i trust siano simulati (come ho avvertito, mi baso sui fatti che emergono dai provvedimenti e non presumo di conoscere la verità degli eventi dedotti in causa) e che sia questa la strada per fare ritornare i beni nei patrimoni dei rispettivi disponenti, dai quali in realtà potrebbero non essere mai usciti.

§ 4. La vicenda decisa dal giudice civile.

Il giudice fiorentino ha dedicato molto spazio all'esperibilità dell'azione revocatoria nei confronti dei trasferimenti a trustee, ma la questione non è dubbia e la soluzione è sempre stata in senso affermativo. Anzi, approfondendo il tema, ho espresso l'avviso che l'art. 13 della Convenzione de L'Aja trovi applicazione – e un trust non debba quindi essere “riconosciuto” – qualora la particolare configurazione di uno specifico trust renda non esperibile l'azione revocatoria per la difficoltà di individuare il giusto convenuto(4). Fra l'altro, è possibile che sia proprio questo il tema del giudizio di merito perché il trust fiorentino venne istituito dal debitore a vantaggio di propri specifici creditori, sia pure senza elencare fra essi proprio il fideiussore al quale doveva una somma non secondaria (oltre cinque milioni di euro).

Il debitore fiorentino sembra avere seguito pareri legali e quindi avere impiegato maggiore “avvedutezza” rispetto al debitore torinese, ma il giudice ha osservato che i creditori beneficiari del trust erano il fratello e i soci del debitore e che il totale dei loro crediti era inferiore a quanto dovuto al fideiussore ricorrente. Se il debitore avesse effettuato una normale cessione dei beni ai creditori ne avrebbe beneficiato anche il fideiussore, ma l'intendimento del debitore era palesemente diverso: nelle proprie difese il debitore sostiene che i trasferimenti al trustee erano

sottratti all'azione revocatoria perché si trattava del pagamento di debiti scaduti ed è qui che il trust fiorentino mostra di avere beneficiato di una preparazione giuridica volta a resistere al prevedibile attacco del fideiussore: una preparazione giuridica che appare essere stata frettolosa, data l'incomprensione della nozione di “trust solutorio”, della quale essa si è avvalsa(5). La tesi del pagamento dei debiti scaduti è palesemente erronea, dato che il trasferimento al trustee è non un pagamento, ma, al più, la predisposizione di un pagamento. Anche il giudice fiorentino vuole capire se esistessero ragioni meritevoli per l'istituzione del trust e rileva l'assenza “di uno scopo apprezzabile nella istituzione del trust o almeno di uno scopo ulteriore non attuabile con una semplice cessione dei beni ai creditori”. La linea è, dunque, la medesima seguita dai magistrati penali.

§ 5. Legge applicabile al trust e diritti dei creditori.

Se chi scrive non avesse propugnato per anni i trust interni, queste due vicende si sarebbero egualmente verificate?

Non spetta a me rispondere a questa domanda. Ricordo, però, che anni fa circolavano in Italia società e studi legali stranieri che propugnavano mirabolanti schemi per rendere “anonimi” i patrimoni e così, fra l'altro, sottrarli alla garanzia dovuta ai creditori del loro titolare; quelle società e quegli studi legali non sono spariti, ma quasi non trovano più ascolto, mentre, incredibilmente, qualcuno ha potuto pensare che i trust interni siano utilizzabili per le medesime finalità.

Le due vicende giudiziarie qui sommariamente ripercorse mostrano una sostanziale incomprensione; la medesima, si noti, che alcuni oppositori dottrinali hanno fatto propria e che talvolta si incontra in scritti di autori stranieri: pensare che il trasferimento di beni a un trustee – o, più precisamente, il vincolo di beni in trust – offra una resistenza, rispetto

Note:

(4) M. Lupoi, Lettera a un notaio conoscitore dei trust, Riv. not., 2001, I, 1159 e in questa Rivista, 2002,169.

(5) Avevo definito “trust solutorio”, in M. Lupoi, Trusts, II ed., Milano, 2001, p. 592, quello rispetto al quale i trasferimenti al trustee costituiscono adempimento di obbligazione sinallagmatica, non il trust che ha la finalità di adempiere una preesistente obbligazione (come ha invece inteso la difesa del resistente).

S a g g i

alle pretese di creditori, o legittimari o altri soggetti pregiudicati, maggiore di quella offerta da altre forme negoziali. Non occorre avvalersi della frode alla legge per mostrare l'errore sottostante a questa posizione; infatti, l'art. 1344 cod. civ. dà per scontato che un contratto riuscirebbe a eludere l'applicazione di una norma imperativa se la sua causa non fosse reputata illecita in ragione della finalità perseguita, mentre l'istituzione di un trust è, di per sé, insuscettibile di violare alcuna norma imperativa e di arrecare danno ad alcuno: la violazione e il danno discendono, se mai, dal trasferimento di beni al trustee o dal vincolo di beni in trust e i relativi negozi, trattandosi di trust interni, sono normalmente sottoposti al diritto italiano.

Si intravede, forse, così la causa della incomprendimento della quale dicevo. L'estraneità della legge regolatrice del trust può fare pensare che sia essa a disciplinare i diritti dei creditori del disponente per quanto riguarda gli atti di trasferimento al trustee o di vincolo in trust, ma la stessa Convenzione de L'Aja (art. 4) espressamente esclude gli atti dispositivi dal proprio ambito. D'altronde, quand'anche fosse applicabile la legge straniera, le sue disposizioni in contrasto con norme italiane inderogabili sarebbero comunque inapplicabili in Italia, sia per le riserve contenute nell'art. 15 della medesima Convenzione sia per i principî generali del diritto internazionale privato.

I trust interni, quindi, non solo non si prestano ad eludere la garanzia patrimoniale generica di cui all'art. 2740 cod. civ., ma sono sotto questo profilo più agevolmente attaccabili di quanto lo sarebbero i consueti negozi ai quali, in queste circostanze, fanno ricorso i debitori. Si pensi, infatti, alla vendita simulata e si raffronti la presunzione di non impoverimento del patrimonio del debitore, che essa naturalmente offre, con il trust e con la presunzione, anzi la certezza, di impoverimento del patrimonio del debitore che esso pone sotto gli occhi di tutti (mi riferisco naturalmente ai trust tipici, privi di corrispettivo patrimoniale che riequilibri il patrimonio del disponente dopo l'uscita dei beni trasferiti al trustee o comunque vincolati nel trust). In altre parole: il trust richiede una spiegazione, mentre la vendita è un contratto tipico che, di per sé e in via generale, non presenta controindicazioni per i creditori dell'alienante. Spetta ai creditori dimostrare la simulazione e la prassi giudiziaria mostra la difficoltà di questa prova, mentre il trust inverte i termini del problema: spetta al

debitore disponente dimostrare sia le ragioni del trust sia la loro prevalenza rispetto agli interessi dei creditori che agiscono con l'azione revocatoria e, come osservato nel provvedimento fiorentino, non si può certo 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".

§ 6. Trust e negozi "tipici" di diritto civile.

Questo non significa che i trust non possano svolgere egregiamente funzioni di "protezione patrimoniale", ma è questione di intendersi: in tanto i creditori del disponente non possono attaccare il trasferimento dei beni in trust in quanto un analogo negozio dispositivo di diritto civile sarebbe parimenti inattaccabile.

Nel caso fiorentino il negozio analogo sarebbe stato il mandato senza rappresentanza (qualificarlo o meno "fiduciario" non cambia nulla) con trasferimento al mandatario della proprietà delle azioni da vendere; il trasferimento avrebbe impoverito il disponente in pregiudizio dei suoi creditori e, per le ragioni già viste, non avrebbe trovato applicazione il terzo comma dell'art. 2901 cod. civ. (pagamento di debito scaduto); detto trasferimento sarebbe stato quindi revocabile e revocabile allora è il trasferimento al trustee.

Nel caso torinese-grossetano il negozio analogo sarebbe stato la donazione: essa sarebbe revocabile e revocabile è il trasferimento ai trustee dei tre trust.

La "protezione patrimoniale" è tutt'altra cosa. Essa riguarda eventi futuri e incerti, all'occorrere dei quali (se mai occorreranno) il debitore vuole farsi trovare con un patrimonio ridotto o addirittura inesistente. Questo è perfettamente possibile in diritto civile per mezzo di donazioni, modali o meno, ed è egualmente possibile per mezzo dei trust. Agli eventuali creditori non spetta alcuna tutela perché fanno difetto i presupposti dell'azione revocatoria e manca un principio nel nostro ordinamento secondo il quale un soggetto sia obbligato a rimanere il più ricco possibile fino alla propria morte.

Il "di più" dei trust rispetto ai negozi di diritto civile consiste notoriamente nella segregazione, come essa è intesa nel corretto quadro giuridico: patrimonialmente rispetto al trustee, funzionalmente rispetto al disponente; insensibile alle vicende obbligatorie del trustee, insensibile alle istruzioni o direttive del

disponente al di fuori o oltre quanto previsto nell'atto istitutivo. Il contemperamento degli interessi ha allora un precisa guida: il creditore sopravvenuto può contare soltanto sul patrimonio che in quel momento appartiene al debitore, perché questi ha disposto di altri cespiti in un periodo nel quale gli atti di disposizione non pregiudicavano nessuno. Ne ha realmente disposto e la scelta del trust rispetto alla donazione ha avuto precise ragioni, come ho recentemente illustrato in altra sede⁽⁶⁾: sono queste ragioni, ciascuna delle quali palesa un legittimo interesse non realizzabile né per mezzo della donazione né di altri negozi di diritto civile, che giustificano il trust, rispetto al quale la "protezione patrimoniale" è allora soltanto un necessario riflesso.

§ 7. La pronuncia della Cassazione.

Mentre queste note erano in stampa ho avuto conoscenza dell'intervento della Corte di Cassazione, adita in sede di ricorso avverso il Tribunale del Riesame di Torino⁽⁷⁾. È la prima volta che la corte suprema si occupa di trust e le circostanze per un sereno approccio mancavano del tutto, dato che i trust alla base delle vicende oggetto di attenzione da parte dei giudici penali non erano certo fra i più meritevoli. Sarebbe, quindi, stato facile caricare i trust di valenze negative, generalizzare ed esprimersi negativamente sull'istituto.

Questo non è avvenuto.

La Corte deve avere dedicato al trust uno studio attento, come traspare dall'impiego del termine "disponente", che non è nella traduzione ministeriale (non ufficiale) della Convenzione de L'Aja (la traduzione impiega "costituente"), e dalla prospettazione secondo la quale i beni in trust non passano necessariamente in proprietà del trustee: sappiamo, infatti, che l'art. 2 della Convenzione delinea un trust che a suo tempo proposi di chiamare "amorfo". È certo criticabile la visione concettuale del trust come patrimonio di scopo, laddove la Corte sconta la nota tendenza civilistica verso l'entificazione del trust ("tali beni non entrano a fare parte del patrimonio del trustee, rimanendone separati, né passano necessariamente in proprietà del trustee: essi formano un patrimonio separato o di scopo"), ma si tratta di un problema di inquadramento senza conseguenze per la decisione del ricorso, anche perché la sentenza proseguiva osservando che, nel caso in esame, la proprietà era stata trasferita dal disponente al trustee. Ed è que-

sto il punto cruciale, dato che il reato contestato agli imputati si è potuto realizzare (siamo, naturalmente, ancora al livello del *fumus commissi delicti* con riferimento al sequestro penale degli immobili in trust) proprio perché la proprietà è passata al trustee.

Osserva ancora la Corte che non ha pregio il rilievo dei ricorrenti, secondo i quali il trust non è un negozio simulato; anzi, è proprio perché si tratta di negozio non simulato che il creditore ha perso la sua garanzia e il provvedimento giudiziale di condanna pecuniaria del disponente è stato eluso.

Si impongono due considerazioni. La prima è che la Corte aveva un'altra strada dinanzi a sé: dichiarare la nullità del trust e così riportare automaticamente i beni nel patrimonio del disponente-debitore; la seconda è che la Corte aveva perfettamente presenti gli effetti del trust e, confermando il sequestro preventivo, ha mostrato che il trust è uno strumento inadeguato per eludere le obbligazioni del disponente verso i suoi creditori. Queste due considerazioni sono ovviamente legate: in tanto il trust si sottrae a un giudizio di nullità in quanto la sua eventuale deviazione dagli scopi meritevoli ai quali è normalmente destinato è agevolmente sanzionabile e anzi, come ho mostrato nelle pagine precedenti, è più agevolmente sanzionabile di quanto avverrebbe avvalendosi degli ordinari negozi civilistici.

Note:

(6) M. Lupoi, La legittima funzione protettiva dei trust interni, *Contratto e impr.*, 2004, 236.

(7) Cass., sez. VI penale, 18 dicembre 2004, n. 48708; la sentenza sarà pubblicata nel n. 4 della Rivista.

Saggi

Rise of the Management Trust

di **John H. Langbein**

Although the trust comes with a long historical pedigree, it has undergone a radical transformation in the past century. The core function of the trust has changed, giving rise both to the modern trust industry and to a profoundly altered legal regime that was necessary to support and govern the industry.

The trust first developed for an age in which real estate was the principal form of wealth. We can trace the Lord Chancellor enforcing trusts (then called “uses”) as far back as the 14th century. Until the latter 17th century, the owner of freehold land was not allowed to pass the land by will and, thus, on the owner’s death, the land had to descend by intestacy. The trust was a conveyancing device that defeated both the rigidities of intestacy (which still included primogeniture) and the burdensome taxes (called feudal incidents) that pertained when land passed on intestacy. The owner of land (the settlor) transferred the land to trustees to hold for the settlor for life and, on his death, to transfer the land to those survivors and in those shares specified in the terms of the trust. Then, as now, the trust served as a will substitute. In this way, landowners could use the trust “to make decent provision for their wives, daughters, and younger sons and to prevent escheat (when the landholder was not survived by descendants)”(1).

Late into the 19th century, the trust remained primarily a branch of the law of conveyancing. Early treatises on trusts – such as those by Geoffrey Gilbert (three editions from 1734 to 1811)(2) and Francis Sanders (five editions from 1791 to 1844)(3) – are completely devoted to land transfer and landed estates. These books are all but untouched by the law of fiduciary administration.

Today’s trust has ceased to be a conveyancing device for land and has become, instead, a management device for holding a portfolio of financial assets(4). The management trust is a response to the radical change away from family real estate as the dominant form of personal wealth. As the jurist Roscoe Pound observed in an arresting epigram, “Wealth in a commercial age is made up largely of promises”(5). Most modern wealth takes the form of financial assets: equities, bonds, mutual fund shares,

insurance contracts, pension and annuity interests, and bank accounts. Today’s trust typically holds a portfolio of these complex financial assets, which are contract rights against the issuers. Such a portfolio requires skilled and active management. Investment decisions must be made and monitored, the portfolio rebalanced and proxies voted. Unusual assets, such as close corporation or partnership interests, commonly require even more active and specialized administration. By contrast, under the old conveyancing trust that held ancestral land, the beneficiaries commonly lived on the land and managed it. The trustees were, in truth, more stakeholders than managers; they were, in effect, nominees, with no serious powers or duties.

The transformation in the nature of wealth that led to the management trust brought about a parallel transformation in trusteeship.

Trustees of old were unpaid amateurs, that is, family and community statesmen who lent their names and honor to a conveyancing dodge. Writing in the last years of the 19th century, the great legal scholar Frederic W. Maitland could still observe that “[a]lmost every well-to-do-man was a trustee”(6).

Note:

John H. Langbein è professore della Yale Law School, New Haven, Connecticut.

Questo articolo è stato originariamente pubblicato in *Trusts & Estates*, vol. 143, n. 10, 52.

Ringraziamo l'autore e l'editore per aver consentito la ripubblicazione in questa Rivista.

(1) W. F. Fratcher, *Trust*, in 6 *International Encyclopedia of Comparative Law*, Section 9, at 12 (1972).

(2) G. Gilbert, *The Law of Uses and Trusts with a Treatise of Dower* (London, 1734).

(3) F. W. Sanders, *An Essay on the Nature and Laws of Uses and Trusts, Including a Treatise on Conveyances at Common Law* (London, 1791).

(4) This phenomenon is a theme of J. H. Langbein, *The Contractarian Basis of the Law of Trusts*, 105 *Yale LJ*. 625 (1995), from which some of the discussion above in text derives.

(5) R. Pound, *An Introduction to the Philosophy of Law*, 236 (1922).

(6) F. W. Maitland, *Trust and Corporation*, reprinted in 3 *The Collected Papers* 321, 323 (H.A.L. Fisher ed., 1911).

Private trustees still abound, but the prototypical modern trustee is the fee-paid professional whose business is to enter into and carry out trust agreements. These entities thrive on their expertise in investment management, trust accounting, taxation, regulation and fiduciary administration. Indeed, the founding of *Trusts & Estates* magazine 100 years ago, to serve trust professionals and their legal advisors, evidences the growth of the new profession that arose to conduct trust management. Amateurs do not need to read professional literature.

In the days when amateur trusteeship prevailed, and trustees had little to do, the rule was settled that they should serve without compensation (unless the settlor made special provisions for compensation in the terms of the trust). Sanders, the late-18th-century English treatise writer, explained: “[C]ourts of equity look upon trusts as honorary, and as a burden upon the honor and conscience of the [trustee], and not undertaken upon mercenary motives”(7). The rise of professional trust management made that rule untenable. American courts and legislatures led the way towards reversing the rule, substituting the modern standard of reasonable compensation(8). Today’s characteristic trustee is a fee-paid professional service provider.

Another profound transformation that was essential to bring about the modern management trust was a reorientation in the way trust law went about the task of protecting trust beneficiaries. Because the trustee nominally owns the trust property, the trust relationship, by necessity, puts the beneficiaries of a trust at the peril of trustee misbehavior; a trustee could, for example, misappropriate or mismanage the trust’s assets.

Protecting the beneficiary against those dangers has always been the central concern of trust law. In the early centuries of the trust, when trustees were mostly stakeholders of ancestral land, it was relatively easy to keep them in check, simply by disabling them from doing much with the trust property. Thus, trust default law deliberately supplied no trustee powers. The trustee had only those powers that the trust instrument expressly granted, which were typically few, as the trustee’s job was usually just to hold and convey to the remainderpersons. Stakeholder trustees did not need to transact. Joseph Story summarized American law in his treatise of 1836: “[T]he trustee has no right (unless express power is given) to change the nature of the estate, as by converting land into money or money into land”(9).

Trustee disempowerment was, therefore, the origi-

nal system of beneficiary safeguard in the law of trusts, and it worked well enough as long as trustees had nothing much to do beyond standing as nominee owners of family land. But when the portfolio of financial assets displaced family land as the characteristic form of family wealth held in trust, disempowerment became quite counterproductive. The modern trustee conducts a program of investing and managing financial assets that requires extensive discretion to respond to changing market forces.

Two great steps were needed to adapt trust law to the rise of the management trust: disempowerment had to be abandoned, and a new system of beneficiary safeguard had to be devised.

Broad empowerment legislation, such as the Uniform Trustees’ Powers Act (1964), is now widespread. Such statutes authorize trustees to engage in every conceivable transaction that might enhance the value of trust assets (and professionally drafted instruments commonly contain such powers). The Uniform Trust Code (2000) completes this development, reversing the common law rule and providing the trustee with “all powers over the trust property which an unmarried competent owner has over individually owned property”(10).

Equipping trustees with transactional powers was only half the job of adapting the law to the needs of the management trust. The other half was the development of a substitute system of beneficiary safeguard. Trustees with transactional powers necessarily have the power to abuse as well as to advance the interests of beneficiaries. To prevent abuse, trustees were subject to duties, protective in nature, which were elaborated into a new body of law that we now recognize as trust fiduciary law.

All trust fiduciary law rests on two core principles, the care norm (the duty of prudent administra-

Note:

(7) F. W. Sanders, *An Essay on the Nature and Laws of Uses and Trusts* [*supra*, note 3], at 256.

(8) Restatement of Trusts (Second), Section 242 (1959); accord, Uniform Trust Code Section 708 (2000).

(9) See 2 J. Story, *Commentaries on Equity Jurisprudence as Administered in England and America*, 242 (1836).

(10) UTC Section 815(a)(2)(A)(2000). UTC Section 816 carries forward a long list of transactional powers derived from the Uniform Trustee Powers Act (1964), even though UTC Section 815 makes the detailed enumeration redundant, because explicit transactional authority has been found to facilitate trustee dealings with third parties.

Saggi

tion) and the loyalty norm (the duty to administer the trust for the benefit of the beneficiary). The many subrules – for example, the duties to keep and disclose records; to collect, segregate, earmark and protect trust property; to enforce and defend claims; to be impartial among multiple beneficiaries – are all applications of prudence and loyalty.

The modern law of trust administration is so centered on fiduciary law that we tend not to remember how recently that body of law has developed. Once again, a quick look at the classical treatises tells the story. Neither Gilbert nor Sanders nor Story covers trust fiduciary law. Not until treatises by Thomas Lewin (16 editions from 1837 to 1964)(11) in England, and John N. Pomeroy (five editions, from 1881 to 1941)(12) in the United States do we find coverage of what we now recognize as fiduciary issues, although still in a cramped fashion, somewhat as an afterthought. The success of mid-century treatises by George G. Bogert and Austin W. Scott in running Pomeroy off the American market results from their extensive coverage of the new trust law, that is, of trust fiduciary law.

To be sure, principles of trust fiduciary law can be traced well back to the 18th century. *Keech v Sandford*(13), the foundational case on what we now generalize as the duty of loyalty, was decided in 1726. The outline of early trust investment law also was articulated in the 18th and early 19th centuries(14). But these doctrinal impulses were not matters of great consequence until the last century or so.

Only when financial assets came to displace ancestral land from the typical trust, and when empowerment triumphed over disempowerment, did trustees come routinely to exercise the levels of discretion over trust property that bring the fiduciary standards of care and loyalty into operation. As a practical matter, therefore, trust fiduciary law has been 20th-century and, now, 21st-century law.

The last great building block that was needed to create the modern management trust was what we might call the deregulation or privatization of trust investment law. When the courts first confronted trust investment issues in the early 18th century, they developed a preoccupation with low-risk, low return investments, especially government bonds and well-secured first mortgages. Legislation in England, and in many American states(15) in the 18th and 19th centuries, tended to prescribe a narrow range of the so-called “legal lists”.

As the capital markets developed an ever-increasing range of investment alternatives, the extreme conservatism of the legal lists began to chafe. In the United States, professional trustees led the campaign(16) to spread a more permissive standard for trust investment, the duty of prudent investing, which ultimately came to prevail in most states. In the late 20th century, as knowledge spread, both about the efficiency of the securities markets and about the large and costless rewards for effective diversification, the duty of prudent investing was revised(17). The law absorbed the lessons of modern portfolio theory especially the total portfolio standard of care, the strong duty to diversify trust investments and the legitimation of pooled investment vehicles(18). The Uniform Prudent Investor Act of 1994, implementing these principles, is now in force in 40 states(19), and comparable non-uniform legislation has been enacted in most of the rest.

The spread of the prudence norm represents a notable endorsement of the trust industry by the legal system. The Uniform Prudent Investor Act says, in its official comment: “A prudent trustee

Note:

(11) Regarding self-dealing, see, for example, T. Lewin, *A Practical Treatise on the Law of Trusts and Trustees*, at 394 (2d. American ed. from 3d. London ed., Philadelphia, 1858).

(12) See 4 J. N. Pomeroy, *A Treatise on Equity Jurisprudence as Administered in the United States of America*, Sections 1071-74 (investment), 1075-78 (self-dealing) (5th ed. 1941).

(13) 2 Eq. Cas. Abr. 741, Sel. Cas. Ch. 61, 25 Eng. Rep. 223 (1726). On the origins see W. G. Hart, *The Development of the Rule in Keech v. Sandford*, 21 Law Q.R. 258 (1905).

(14) A useful account of the history of trust investment law in England appears in A. H. Oosterhoff, *Trustees' Powers of Investment: A Study*, Prepared at the Direction of the Ontario Law Review Commission, 6-50 (1970).

(15) Apart from Massachusetts, the most important U.S. jurisdictions still had legal lists in effect at the start of the 20th century. See M. A. Shattuck, *The Development of the Prudent Man Rule for Fiduciary Investment in the United States in the Twentieth Century*, 12 Ohio St. L.J. 491, 499 (1951).

(16) In the early 1940s, the American Bankers Association developed and sponsored the widely enacted Model Prudent Man Act (1940). See, M. A. Shattuck [*supra*, note 15], at 501-03.

(17) I have discussed these developments in J. H. Langbein, *The Uniform Prudent Investor Act and the Future of Trust Investing*, 81 Iowa L. Rev. 641 (1996).

(18) The themes of the Restatement (Third) of Trusts: Prudent Investor Rule (1992) and the Uniform Prudent Investor Act (1994).

(19) 7B Uniform Laws Ann., 2004 Supp., at 82.

behaves as other trustees similarly situated would behave”(20). The prudence norm is an industry standard of care, protecting trustees from liability if they follow good investment practices.

The trust industry is having greater trouble living with its responsibilities under the duty of loyalty. Professional trustees are increasingly part of large financial services organizations, which rightly view trusteeship as a profit center. The duty of loyalty has been abridged in most states to allow the use of trustee-affiliated mutual funds(21), but trustees remain under a fiduciary duty of loyalty not to invest trust accounts in these in-house products unless doing so serves the best interests of beneficiaries. Highly publicized recent cases about improper conversions of common trust funds into mutual funds are a reminder of the liability that financial services organizations face if they do not recognize and adhere to the limitations on self-interested fiduciary behavior that trust law continues to insist upon.

The rise of the management trust has been accompanied by a steady transformation in the sources of trust law, from case law to statute law, often uniform acts. This process has now culminated in the promulgation of the Uniform Trust Code, the first comprehensive national codification of the law of trusts.

Many factors have influenced the trend towards legislation. The American Law Institute’s enormously influential Restatements of Trusts (first, 1935; second, 1959; third, ongoing since 1992) are code-like in character. They helped prepare the way to statute, by articulating the principles of trust law with great precision. Thus, the California Trust Code, which the drafters of the Uniform Trust Code took as their starting point, was heavily based on the second Restatement of Trusts. Professional trustees, especially corporate fiduciaries whose deep pockets put them at risk in litigation, much prefer the precision of legislation to the disorder of case law, and they have been influential in promoting much of the trust legislation.

The movement to give trust law a legislative base also has had the effect of making the law more uniform or national in character. Much of the legislation has been the work of the Uniform Law Commission, an organization of the state governments. The concern to promote uniformity among the states in probate and trust law, exemplified in the Uniform Probate Code (1969, revised 1990) and the Uniform Trust Code, responds not only to the growth of trusts and estates having multi-state contacts (that is, prop-

erty or beneficiaries in more than one state), but also the spread of multi-state trust companies. Thus, as the rise of management trusts has brought about a trust industry that is becoming ever more national in character, trust law is also becoming ever more national.

The central features of the management trust are professional asset management, conducted under fiduciary safeguards, in a segregated vehicle, which is bankruptcy-remote from the manager. The management trust has proven to be so attractive and adaptable that it has spread from its core function of family wealth transmission to a host of other uses, most importantly pension trusts(22) and mutual funds, as well as asset securitization trusts. Federal and state law now facilitate or require a host of regulatory compliance trusts, for example, nuclear plant decommissioning trusts or prepaid funeral expense trusts. The aggregate assets of these commercial trusts now dwarf the assets held in personal trusts by a ratio of something like 20-to-1(23).

The attractions of the management trust, especially its commercial uses, have led to the absorption of the trust in legal systems that until recent times never knew it. Countries as remote from the Anglo-American trust tradition as Italy(24) and Japan(25) have been importing the management trust.

The rise of the management trust, the trust industry and the modern Anglo-American law of trusts during the last century has been an event of historic importance, whose implications continue to unfold, as the management trust expands from its stronghold in Anglo-American family wealth transmission and spreads to commercial practice worldwide.

Note:

(20) Uniform Prudent Investor Act Section 1, cmt. (1994).

(21) For example, Uniform Trust Code Section 802(f) (2000).

(22) ERISA requires that plan assets be held in trust. Employee Retirement Income Security Act (ERISA) Section 403, 29 U.S.C. Section 1053.

(23) See J. H. Langbein, *The Secret Life of the Trust: The Trust as an Instrument of Commerce*, 107 *Yale L.J.* 165 (1997).

(24) Andrea Moja, *Il codice del trust e del trustee* (2002); Maurizio Lupoi, *Trusts: A Comparative Study*, 368 ff. (2000).

(25) The trust “was introduced [into Japan] in 1900 or thereabouts from the United States primarily to provide a business framework for investment management by trust companies”. Makoto Arai and Koichi Kimura, *Financial Revolution and Trust Banks in Japan: Challenges in the Deregulation and Internationalisation Process*, 4 *J. Int’l Trust & Corp. Planning* 67, 68 (1995).

Saggi

Trust Classification Times Four – Part I

di **Robert C. Lawrence, III – Dina Kapur Sanna**

SUMMARY: § 1. Introduction. – § 2. Classification as a Trust. – § 3. Classification as a Foreign Trust or a U.S. Trust. – § 4. Grantor Trust Rules.

§ 1. Introduction.

A. Parts II through V of this article provide a four step analysis of the U.S. federal income tax consequences of foreign trust that have U.S. beneficiaries.

1. Part II of this article discusses the classification of a foreign arrangement or entity as a “trust” for U.S. federal tax purposes.

2. Once classified as a trust, Part III analyzes whether the trust will be treated as a U.S. or foreign trust for U.S. federal tax purposes.

3. Once classified as a foreign or U.S. trust, Part IV analyzes whether the trust will be treated as a grantor or non grantor trust for U.S. federal income tax purposes.

4. Once classified as a foreign non grantor trust, Part V describes the taxation of foreign non grantor trusts and the U.S. beneficiaries thereof.

B. Part VI of this Article discusses U.S. federal income tax issues pertaining to foreign corporations held by foreign non grantor trust that have U.S. beneficiaries. These “anti avoidance provisions” of the U.S. federal income tax laws are designed to prevent the deferral of income in a foreign corporation (as opposed to a foreign trust) that has direct and indirect (e.g., through a foreign non grantor trust) U.S. ownership.

C. Part VII of this article discusses alternative entities commonly used in civil law jurisdictions. Too often such entities bear characteristics common to trusts and corporations and are considered under their local law to be a hybrid of the two. However, the relevant entity’s attributes must be compared with those attributes which determine appropriate classification of a trust under U.S. federal tax law.

§ 2. Classification as a Trust.

A. U.S. Federal Tax Definition of a “Trust”.

• The Treasury regulations of the U.S. Internal Revenue Code of 1986, as amended (the

“Code”)(1), state that, as used in the Code, the term “trust” refers to “an arrangement created either by a will or inter vivos declaration whereby trustees take title to property for the purpose of protecting or conserving it for the beneficiaries under the ordinary rules applied in chancery or probate courts”(2).

• Under the Treasury regulations, “[a]n arrangement will be treated as a trust if its purpose is to vest in trustees responsibility for the protection and conservation of property for beneficiaries who cannot share in the discharge of this responsibility and who are not associates in a joint enterprise for the conduct of business for profit”(3).

• Irrespective of whether a trust has been created and is in existence under the local law governing the trust, the foreign trust in question must meet the definition of a “trust” as set forth in the Treasury regulations to be classified as such under U.S. federal tax law. If it does not meet such definition, its classification will be determined under the so-called “check-the-box” regulations issued in 1996. These regulations allow certain business entities (but not trusts) that are not treated as per se corporations to elect to be treated as associations taxable as corporations or partnerships (if there is more than one beneficial owner of the entity), or to be disregarded (if there is a single beneficial owner of the entity)

Note:

Robert C. Lawrence III è avvocato in New York e il direttore dell’area “Private Client” di Cadwalader, Wickersham & Taft LLP.

Dina Kapur Sanna è avvocato in New York e Senior Associate dell’area “Private Client” di Cadwalader, Wickersham & Taft LLP.

Gli autori desiderano ringraziare Monika Jain, Associate dell’area “Private Client”, per la collaborazione nelle ricerche e nella preparazione di alcune parti di questo articolo.

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

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

(1) Unless otherwise provided, all Section references herein are to the Code or Treasury regulations promulgated thereunder.

(2) Treas. Reg. § 301.7701-4(a).

(3) Id.

for U.S. federal tax purposes(4). Eligible entities that do not file an election will be classified under the default classification provisions of the regulations(5).

B. Difference Between Associations and Trusts.

At the outset, a clear distinction exists between associations and trusts. Where owners of property interests voluntarily come together to transact business through the form of a trust, such “trust” will be classified as an association(6). Where owners of property interests transfer their interests into a trust for the benefit of their descendants and there is no voluntary association of those descendants for the purpose of carrying a business, then the “trust” will be classified as a traditional trust(7).

Case law has identified the following two attributes as being present in associations and partnerships, but not in trusts, and the absence of either attribute will cause an entity to be classified as a trust for U.S. federal tax purposes: (1) the existence of associates; and (2) an objective to carry on a business and divide the gains therefrom(8).

1. Existence of Associates.

Four primary factors are considered when determining whether an arrangement or entity has associates. They are: (1) the investment, if any, by the beneficiaries in the arrangement or entity; (2) the participation, if any, by the beneficiaries in establishing the arrangement or entity; (3) the restrictions, if any, on the transferability and assignability of interests by the beneficiaries; and (4) the absence of control or influence by the beneficiaries over the arrangement’s or entity’s affairs(9).

In determining the existence of associates, a court will consider various factors and no one factor will be determinative in reaching the ultimate classification. A court will look at whether the beneficiaries have the ability to modify the trust’s terms or to transfer freely their interests in the trust(10). A court generally will not find associates where the beneficiaries take no part in creating or operating the trust and have no say in the management or control of the trust(11). If, however, such beneficiaries voluntarily associate with each other (in accordance with the terms of the trust) with the purpose of reaping the benefits of such association, a court may find associ-

ates even though the beneficiaries took no part in creating or managing the trust(12).

The existence of only one beneficiary does not preclude a finding of associates. A court may find associates where a trust has only one beneficiary if such beneficiary retains a significant amount of control over the trust and the trust has an objective to carry on business for profit(13).

Note:

(4) Treas. Reg. § 301.7701-3. Note that the anti-avoidance provisions of the U.S. federal income tax laws may apply to a foreign entity that is classified as an association taxable as a corporation.

(5) Treas. Reg. § 301.7701-3(b). Thus, for example, a foreign eligible entity that is not a trust under the Treasury regulations would, in the absence of an election, be treated for U.S. federal tax purposes as a partnership if it has two or more members and at least one member does not have limited liability, or an association taxable as a corporation, if all members have limited liability, or disregarded as an entity separate from its owner, if it has a single owner that does not have limited liability. Under the check-the-box rules a member has limited liability if the member has no personal liability for the debts of, or claims against, the entity. This determination appears to be based solely on the law governing the organization of the entity. The only exception is where the governing law allows the organizational documents of the entity to specify the liability of its members.

(6) *Curt Teich Trust et al. v Commissioner*, 25 T.C. 884, 891 (1956), acq. 1956-2 C.B. 8. See also *Allen et al. v Commissioner*, 62 TCM (CCH) 741 (1991), aff’d, 993 F.2d 875 (3d Cir. 1993) (finding associates where investors voluntarily came together to develop a trust corpus for profit).

(7) *Curt Teich*, 25 T.C. at 892.

(8) Treas. Reg. § 301.7701-4(a); see also *Morrissey v Commissioner*, 296 U.S. 344, 356-57 (1935) (stating that an “association” implies entering into an enterprise for the transaction of business, a characteristic not present in an ordinary trust because beneficiaries do not generally enter “into a combination for the conduct of a business enterprise”).

(9) *Water Resource Control v Commissioner*, 61 TCM (CCH) 2102 (1991) (finding beneficial owner was not an associate where she had no authority to transact business for the entity held by the trust and her ability to transfer her interest was contingent on obtaining the trustees’ approval).

(10) *Elm Street Realty Trust v Commissioner*, 76 T.C. 803, 812 (1981). See also *Estate of Bedell Trust v Commissioner*, 86 T.C. 1207, 1219-20 (1986), acq. 1987-2 C.B. 1.

(11) *Elm Street*, 76 T.C. at 812.

(12) *Id.* at 814 (citing *Morrissey*, 296 U.S. at 357). See also *Curt Teich*, 25 T.C. at 890-92 (focusing on the lack of voluntary association among the beneficiaries and therefore concluding that the arrangement at issue was not an association); cf. *Morrissey*, 296 U.S. at 360 (finding associates where trustees had management and control over arrangement but beneficiaries were shareholders “in the common undertaking” to generate profit from the trust).

(13) *Hynes v Commissioner*, 74 T.C. 1266, 1280 (1980) (finding that because the beneficiary, who was also the grantor and one of the trustees, of the trust had control over and the right to receive the profits earned by the business carried on by the trust, such beneficiary qualified as an “associate”). See also *Lombard Trustees v Commissioner*, 136 F.2d 22 (9th Cir. 1943) (holding that a trust with only one beneficiary is taxable as an association).

Saggi**2. Objective to Carry On a Business.**

If a trust is created with the purpose of allowing the parties involved to engage in business and share in the resulting gains, the trust is considered to have a business objective⁽¹⁴⁾. An entity will be deemed to have a business objective if its governing documents allow it to engage in business activity, even if it never actually does so⁽¹⁵⁾.

In the context of an investment trust, if the governing document grants the power to vary the investment of the beneficial owners, a business objective will be found and the investment trust will not be classified as a “trust”⁽¹⁶⁾. In the context of an ordinary trust⁽¹⁷⁾, a business objective will be found if the purpose of the trust is to provide a conduit for business activity rather than to protect and conserve certain property, with merely incidental powers being given to the trustee(s) to further that purpose⁽¹⁸⁾.

Investment and ordinary trusts must be distinguished from business, or, commercial, trusts. A business or commercial trust is generally created by the trust beneficiaries to carry on a profit-making business that normally would have been carried on through business organizations such as corporations or partnerships. The Treasury regulations state that the fact such organization may be characterized as a trust will not change the real character of the organization if it is more properly classified as a business entity for U.S. federal tax purposes⁽¹⁹⁾.

As mentioned above, a trust’s purpose will be determined from the language of the trust document⁽²⁰⁾. All trusts, to some extent, engage in business activity, but as long as the carrying on of that business activity is only incidental to the primary purpose of protecting and conserving the trust property, a business objective will not be found⁽²¹⁾.

C. Example.

- Suppose a nonresident alien⁽²²⁾ individual transfers property to two foreign “stiftungs,” organized as family foundations for the purpose of providing funds for the education and support of the nonresident’s descendants, while retaining the power to amend or revoke the governing documents of the foundations. At the nonresident’s death, the stiftungs hold U.S. situs assets. What is the classification of the stiftungs for U.S. federal estate tax pur-

poses? In this case, the stiftungs possess attributes similar to a corporation (e.g., treated as separate juridical entities; perpetual existence; managed by a board of directors; and have capacity to engage in business activity)⁽²³⁾ as well as a trust (e.g., no certificates representing ownership interests; interests of the beneficiaries are nontransferable; articles have characteristics similar to a deed of trust; and the board of directors may be changed by the nonresident much like trustees may be changed by the settlor). Under similar facts, the Tax Court found the stiftungs to be comparable to revocable trusts for U.S. federal estate tax purposes primarily because the nonresident had caused the stiftungs to be created as

Note:

(14) *Morrissey*, 296 U.S. at 360; *Allen et al.*, 62 TCM (CCH) 741 (finding a business objective where investors purchased interests in a trust as a means of investment and with the purpose of making a profit).

(15) *Elm Street*, 76 T.C. at 810 (stating that “the *potential* to engage in a business [...] demonstrates a business objective which extends beyond the usual goals of private trusts”) (emphasis added).

(16) Treas. Reg. § 301.7701-4(c)(1).

(17) See definition of an “ordinary trust” in Treasury regulation section 301.7701-4(a).

(18) *Continental Bank & Trust Co. v United States*, 19 F. Supp. 15, 18-19 (S.D.N.Y. 1937).

(19) Treas. Reg. § 301.7701-4(b). Business trusts are defined and recognized by state law as well. Under Delaware law, a “statutory trust” is created by a governing instrument under which property may be held, managed, invested and administered, or, under which business or professional activities may be carried on for profit. Whatever its purpose, the statutory trust is managed by a trustee, or trustees, for the benefit of the trust’s beneficial owners, as identified in the governing instrument. Del. Code. Ann. tit. 12, § 3801 (2003). Business, or statutory, trusts are also sometimes called “Massachusetts trusts.” A Massachusetts trust is in fact a business where investors give management authority to a trustee and receive trust certificates in return, representing their investment interests. See *Hecht v Malley*, 265 U.S. 144, 146 (1924). Such an arrangement is similar to that of a limited partnership and is strictly a business entity, not an ordinary trust.

(20) *Howard v United States*, 5 Cl. Ct. 334, 344 (Cl. Ct. 1984), aff’d, 770 F.2d 178 (Fed. Cir. 1985).

(21) *Id.* To illustrate this point, the court in *Howard* notes that a trust dedicated to the liquidation of real estate and the collection of income therefrom is a “trust,” whereas a trust dedicated to dealing in real estate, developing land, or constructing improvements thereon is an “association.” *Id.* (citing *Rohman v United States*, 275 F.2d 120, 125 n.7 (9th Cir. 1960)).

(22) As used herein, the term “nonresident alien” or “nonresident” shall refer to an individual who is not a resident or citizen of the United States for U.S. federal income, gift or estate tax purposes.

(23) Note that under civil law, a stiftung has a limited ability to engage in business activity as discussed in the accompanying text under “Civil Law Structures and Their Tax Treatment.”

family foundations for the purpose of providing funds for his descendants(24). There is no clear answer to the question, however, and it is possible that a stiftung may be treated as a corporation for U.S. federal tax purposes, depending upon how extensively it is engaging in commercial activity(25).

§ 3. Classification as a Foreign Trust or a U.S. Trust.

A. Pre-1996 Law.

Prior to the enactment of the Small Business Job Protection Act of 1996 ("1996 Act")(26), a foreign trust was defined as a trust, the income of which, from sources without the United States that is not effectively connected with the conduct of a U.S. trade or business, is not included in gross income under subtitle A of the Code(27). To determine whether a trust was a foreign trust, the following facts and circumstances were considered:

- Whether the trust was managed from outside the United States;
- Whether the trust records and assets were maintained outside the United States;
- Whether the trust was formed according to and governed by laws of a foreign jurisdiction;
- Whether the fiduciaries were nonresidents of the United States; and
- Whether the trust was executed outside the United States.

Due to the subjective nature of the factors considered, the ultimate classification of a trust as U.S. or foreign was often subject to speculation and controversy.

B. Post-1996 Law.

For trust tax years beginning after December 31, 1996, a trust must meet two requirements to qualify as a U.S. trust: (1) a court within the United States must be able to exercise primary supervision over the trust's administration (the "Court Test"); and (2) one or more U.S. persons must have the authority to control all substantial decisions of the trust (the "Control Test")(28). If a trust fails to meet either of these two requirements, it is a foreign trust for U.S. federal tax purposes.

The taxable income of a foreign trust is computed in the same manner as that of a nonresident alien

individual who is not present in the United States at any time(29). For purposes of Section 871(a)(2) of the Code, which deals with capital gains of nonresident aliens present in the United States for 183 days or more, a foreign trust is deemed not to be present in the United States at any time(30).

Applicable Treasury regulations explain the requirements of the Court and Control Test in greater detail, as described below.

1. The Court Test.

- "Court" includes any federal, state or local U.S. court(31).
- "The United States" includes only the States and the District of Columbia(32).
- "Able to exercise" means that if petitioned, a court has or would have the authority under applicable law to render orders or judgments resolving issues concerning the administration of the trust(33).
- "Primary supervision" means that a court has or

Note:

(24) *Swan v Commissioner* 24 T.C. 829 (1955), acq., 1956-2 C.B. 8, aff'd in part, and rev'd in part on other grounds, 247 F.2d 144 (2d. Cir. 1957). It should be noted that the Second Circuit, on appeal, found the classification of the stiftungs to be irrelevant, choosing to focus instead on the nonresident's power to alter, amend or revoke the transfers, which was a taxable power under the predecessors to Sections 2104(b) and 2038(a)(1) of the Code since both had broad language that included transfers "by trust or otherwise."

(25) See *supra*, note 23.

(26) P.L. 104-188, 110 Stat. 1755 (August 20, 1996).

(27) Prior Code § 7701(a)(31).

(28) The Taxpayer Relief Act of 1997 ("1997 Act"), P.L. 105-34 (August 5, 1997), amended Section 7701(a)(30)(E)(ii) of the Code by substituting "U.S. person" for "U.S. fiduciary." Thus, if a U.S. grantor or another U.S. person who is not a fiduciary retains the ability to control all of the substantial decisions of the trust without serving as a trustee or other fiduciary, the trust will meet the Control Test. See § 1601(i) of the 1997 Act. As used in this context, the term "U.S. person" includes individuals who are citizens or residents of the United States, U.S. partnerships and corporations, and estates and trusts (other than foreign estates and trusts). Code § 7701(a)(30)(E)(ii).

(29) Code § 641(b).

(30) Treas. Reg. § 301-7701-7(a)(3).

(31) Treas. Reg. § 301-7701-7(c)(3)(i).

(32) Treas. Reg. § 301-7701-7(c)(3)(ii). Accordingly, a court within a territory or possession of the United States is not a court within the United States.

(33) Treas. Reg. § 301-7701-7(c)(3)(iii).

Saggi

would have the authority to determine substantially all issues regarding the administration of the trust(34). A court may have primary supervision even if another court has jurisdiction over a trustee, a beneficiary, or trust property.

- “Administration” of the trust means the carrying out of the duties imposed by the terms of the trust instrument and applicable law, including maintaining the books and records of the trust, filing tax returns, managing and investing the assets of the trust, defending the trust from suits by creditors, and determining the amount and timing of distributions(35).

Treasury regulations provide a safe harbor for satisfying the Court Test. A trust satisfies the Court Test if (i) the trust instrument does not direct that the trust be administered outside of the United States; (ii) the trust in fact is administered exclusively in the United States; and (iii) the trust is not subject to an automatic migration provision (as described below)(36).

In addition to the safe harbor for satisfying the Court Test, the regulations provide some other bright-line rules for satisfying the Court Test, in each case assuming that the trust instrument does not contain an automatic migration provision (as described below). A trust will meet the Court Test if an authorized fiduciary of the trust registers the trust in a court within the United States pursuant to a qualifying state statute(37). With respect to an inter vivos trust, the trust will meet the Court Test if its fiduciaries and/or beneficiaries take steps with a court within the United States (such as the filing of a written request with the court) that cause the trust’s administration to be subject to primary supervision of that court(38). With respect to a testamentary trust created pursuant to the terms of a Will probated within the United States (other than pursuant to ancillary probate), if all fiduciaries of the trust have been qualified as trustees of the trust by a court within the United States, the trust will meet the Court Test(39). The Treasury regulations clarify that if both a U.S. court and a foreign court are able to exercise primary supervision over the administration of the trust, the trust will be considered to meet the Court Test(40). The existence of choice of law provisions in a trust instrument are not determinative for purposes of the Court Test. Thus, even if the laws of a foreign country apply, if a U.S. court is able to exercise primary supervision over the trust, the trust will meet the Court Test.

Subject to an exception for certain narrowly drawn migration provisions, the Court Test’s requirements will not be met if the trust instrument provides that a U.S. court’s attempt to assert jurisdiction or otherwise supervise the administration of the trust would cause the trust to migrate from the United States(41).

2. The Control Test.

The Control Test requires one or more U.S. persons to have the power to control *all* substantial decisions pertaining to the trust. For this purpose, U.S. persons (whether acting in the capacity of a fiduciary, grantor, beneficiary or otherwise) must have the authority to control all substantial decisions with no foreign person having authority to veto any such decisions. A “substantial decision” is one that a person is authorized or required to make under the trust instrument and applicable law, and is not ministerial in nature(42). Examples of substantial decisions are:

- Whether and when to distribute income or principal;
- The amount of any distributions;
- The selection of a beneficiary;
- Whether a receipt is allocable to income or principal;
- Whether to terminate the trust;

Note:

(34) Treas. Reg. § 301.7701-7(c)(3)(iv).

(35) Treas. Reg. § 301.7701-7(c)(3)(v).

(36) Treas. Reg. § 301.7701-7(c)(1).

(37) Treas. Reg. § 301.7701-7(c)(4)(i)(A). Such state statute must have provisions substantially similar to Article VII of the Uniform Probate Code.

(38) Treas. Reg. § 301.7701-7(c)(4)(i)(C).

(39) Treas. Reg. § 301.7701-7(c)(4)(i)(B).

(40) Treas. Reg. § 301.7701-7(c)(4)(i)(D).

(41) Treas. Reg. § 301.7701-7(c)(4)(ii). As an exception to this general rule, the regulations provide that the Court Test may be met where the trust instrument provides that the trust will migrate from the United States only in the case of foreign invasion of the United States or widespread confiscation or nationalization of property in the United States. Id.

(42) Ministerial decisions include those dealing with bookkeeping, rent collection, and the execution of investment decisions. Treas. Reg. § 301.7701-7(d)(1)(ii).

- Whether to compromise, arbitrate, or abandon claims of the trust;
- Whether to sue on behalf of the trust or to defend suits against the trust;
- Whether to remove, add, or replace a trustee;
- Whether to appoint a successor trustee to succeed a trustee who has died, resigned, or otherwise ceased to act as trustee (even if the power to make such a decision is not accompanied by an unrestricted power to remove a trustee), unless the power to make such a decision is limited such that it cannot be exercised in a manner that would change the trust's residency from foreign to domestic, or vice versa; and
- Investment decisions (including investment decisions made by an investment advisor hired by a U.S. person, if the U.S. person can terminate at will the investment advisor's power to make investment decisions at will)(43).

Notwithstanding any other rules concerning satisfaction of the Control Test, the Treasury regulations provide that U.S. persons are *not* considered to control all substantial decisions concerning a trust if an attempt by any governmental agency or creditor to collect information from or assert a claim against the trust would cause one or more substantial decisions of the trust to no longer be controlled by U.S. persons(44).

In the event of an inadvertent change in the status of any person who has the power to make a substantial decision concerning a trust that would cause the domestic or foreign residency of the trust to change, the trust is allowed twelve months from the date of the change to make necessary adjustments either with respect to the persons who control the substantial decisions or with respect to the residence of such persons in order to avoid a change of the trust's residency(45). For purposes of this rule, an inadvertent change means the death, incapacity, resignation, change in residency or other change with respect to a person who has a power to make a substantial decision concerning the trust that would cause a change to the residency of the trust but that was *not intended* to do so(46). If the necessary adjustment is made within twelve months, the trust is treated as retaining its pre-change residency during the twelve-month period. If the necessary adjustment is not made within twelve months, the trust's residency changes as of the date of the inadvertent change(47).

In addition, the 1997 Act permitted a trust that was in existence on August 20, 1996 and that was treated as a domestic trust on August 19, 1996 (as determined pursuant to Treasury regulation section 301.7701-7(f)(2), which looks to whether the trust filed a Form 1041 for the taxable year that includes August 19, 1996 and had a reasonable basis for doing so), to elect to continue to be treated as a domestic trust notwithstanding the change in law, provided that it met certain procedural requirements. Although this election was not available to a trust that was wholly-owned by its grantor under the grantor trust rules on August 20, 1996, it was available to a trust if only a portion of the trust was treated as owned by the grantor on August 20, 1996(48).

3. Examples.

- Suppose that a nonresident creates and funds a trust for the benefit of U.S. citizens and residents and names a foreign trust company as trustee. The nonresident retains the power to revoke the trust and remove and replace the trustee at will. The trust instrument names a U.S. protector to act in the event of the nonresident's incapacity or after the grantor's death, when the trust becomes irrevocable, and the U.S. protector may remove and replace the trustee at will. Does the trust meet the Control Test during the nonresident grantor's incapacity or after the grantor's death (even though it probably does not meet the Court Test)? Under the Treasury regulations, the Control Test is not satisfied because the U.S. protector possesses only one substantial deci-

Note:

(43) Treas. Reg. § 301.7701-7(d)(1)(ii)(J). This is not an exclusive list of substantial decisions.

(44) Treas. Reg. § 301.7701-7(d)(3).

(45) Treas. Reg. § 301.7701-7(d)(2)(i).

(46) Id.

(47) Id. Under certain circumstances, however, where the necessary change cannot be made within the twelve-month period, a request for an extension of time may be made to the IRS District Director. Treas. Reg. § 301.7701-7(d)(2)(ii).

(48) See Treas. Reg. §§ 301.7701-7(f)(1) – (f)(4). The trust was required to attach a statement to its Form 1041 that it filed for its 1997 taxable year or its 1998 taxable year, but not later than the due date for filing a Form 1041 for its 1998 taxable year, including extensions. Once the election is made, it may only be revoked with the consent of the Internal Revenue Service.

Saggi

sion, while the foreign trustee possesses all of the others (this is true even if the U.S. protector's power is viewed as being tantamount to a veto power because the U.S. protector can remove the trustee if the U.S. protector disagrees with any of the trustee's decisions). However, it is arguable that the powers of the foreign trustee can be attributed to the U.S. protector by reason of the trustee removal and replacement power, in which case the U.S. protector would be deemed to possess all substantial decisions.

- Suppose that a trust instrument provides for the trust's administration to be carried out in a foreign country in accordance with that country's law, but the trust fund is held in the United States and the majority of trustees, and all of the beneficiaries, are U.S. citizens and residents. In addition, the trust instrument provides that the trustees must act by majority vote. Under these circumstances, may a U.S. court, in addition to a foreign court, have the ability to exercise "primary supervision over the administration" of the trust so as to cause the trust to meet the Court Test (and become a U.S. trust)? While the issue is not free from doubt, the foreign court probably has the primary supervision over the administration of the trust until and unless the U.S. trustees and/or U.S. beneficiaries take steps with a U.S. court to cause the primary supervision to be subject to the jurisdiction of the United States. To bolster the position that the foreign court has such primary supervision, all trustee decisions concerning investment and management of the assets, and determining the amount and timing of distributions, among others, should be made in the foreign country and trustee resolutions and minutes documenting them should be kept in the foreign country as well.

§ 4. Grantor Trust Rules.**A. In General.**

If the grantor⁽⁴⁹⁾ of a trust retains one or more of the "grantor powers"⁽⁵⁰⁾ described in Sections 673 through 677 of the Code, the grantor is treated as the owner of the trust for U.S. federal income tax purposes. In such case, the trust is disregarded as a taxable entity and the trust's income, deductions, credits, and capital gains are instead attributed to the grantor and included in the computation of his or her U.S. federal income tax liability⁽⁵¹⁾.

B. Foreign Grantor.*1. Pre-1996 Law.*

Under the grantor trust rules as they existed prior to August 20, 1996, the effective date of the relevant provisions of the 1996 Act, a foreign person could quite easily establish a foreign trust which was a grantor trust, for U.S. federal income tax purposes, with one or more U.S. beneficiaries. If the foreign person⁽⁵²⁾ (i) established and funded a foreign trust⁽⁵³⁾ for the benefit of a U.S. beneficiary; (ii) retained any one or more grantor trust powers; and (iii) invested the trust's assets in property producing income from foreign sources and not effectively connected with a U.S. trade or business, the income derived by the trust would not be subject to U.S. federal income tax because it would be treated as that of the foreign person who was the grantor (a "foreign grantor"). A U.S. beneficiary of the trust would likewise not be subject to U.S. federal income taxation in respect of income received from the trust

Note:

(49) A "grantor" is any person to the extent such person either (i) creates a trust or (ii) directly or indirectly makes a gratuitous transfer to a trust. Treas. Reg. § 1.671-2(e). If any person creates or funds a trust on behalf of another person, both persons are treated as grantors of the trust. However, a person who creates a trust but makes no gratuitous transfers to the trust will not be treated as an owner of any portion of the trust under Sections 671 through 677 or 679 of the Code and therefore will not be taxed under the grantor trust rules. Although this regulation is applicable to a transfer to a trust, or transfer of an interest in a trust, made on or after August 10, 1999, it reflects the long-standing view of the Treasury and the Internal Revenue Service that a person who makes no gratuitous transfers of property to a trust should not be treated as the owner of any portion of the trust under Sections 671 through 677 or 679 of the Code. See also T.D. 8831, 1999-34 I.R.B. 264.

(50) The grantor is treated as the owner of the trust if:

- the grantor retains a reversionary interest in the income or principal (Code § 673);
- the grantor or a nonadverse party has certain powers over the beneficial enjoyment of the income or principal (Code § 674);
- the grantor retains certain administrative powers under which the grantor might benefit (Code § 675);
- the grantor or a nonadverse party has the power to revoke the trust or return the principal to the grantor (Code § 676); or
- the grantor or a nonadverse party has the power to distribute income to or for the benefit of the grantor or the grantor's spouse (Code § 677).

These statutory rules are replete with conditions and exceptions. This summary is only a broad outline of the grantor trust rules.

(51) Code § 671.

(52) Rev. Rul. 81-244, 1981-2 C.B. 151; Rev. Rul. 80-15, 1980-1 C.B. 365; and Rev. Rul. 79-116, 1979-1 C.B. 213 confirmed that a foreign person can be the grantor of a grantor trust and thereby become subject to the grantor trust rules.

(53) Note that the grantor trust rules would also apply to a U.S. trust created by a foreign person.

because such amounts would be treated for U.S. federal income tax purposes as gifts made by the foreign grantor(54). This result would apply irrespective of the fact that the foreign grantor was not subject to U.S. federal income tax on the foreign-source income (not effectively connected with a U.S. trade or business) attributable to him or her by reason of his or her grantor status. The Internal Revenue Service affirmed this result(55).

2. Post-1996 Law.

The 1996 Act substantially reduced the availability of grantor trust status for foreign or U.S. trusts created by foreign persons. Under the 1996 Act, subject to limited exceptions, a person will be treated as the owner of a trust only if that person is a citizen or resident of the United States or a U.S. corporation. As a result, for U.S. federal income tax purposes, if a foreign person creates or transfers property to a trust, that person will generally not be considered the owner of the trust, and the trust will be deemed a non-grantor trust, the income of which is taxable to the trust (not the grantor) when it is not distributed, and taxed to a U.S. beneficiary when it is distributed to such beneficiary(56).

The rule denying grantor trust status to trusts created by foreign persons has three important exceptions. If one of these exceptions applies, a trust created by a foreign person will be classified as a grantor trust. The exceptions, which are set forth in Section 672(f) of the Code and expanded upon under applicable Treasury regulations, are as follows:

- the grantor has the power to revoke the trust and revest its assets in himself or herself(57) either alone (without the consent of another person) or with the consent of a related or subordinate party who is subservient to the grantor(58);
- the only amounts distributable from the trust (whether income or principal) during the grantor's lifetime are to the grantor or the grantor's spouse(59); or
- distributions from the trust are taxable as com-

Note:

(54) Note that such distributions from the foreign grantor trust to the U.S. beneficiary would potentially be subject to U.S. federal gift tax, depending on the situs of the distributed property at the time of the gift.

(55) Rev. Rul. 69-70, 1969-1 C.B. 182.

(56) Code § 672(f)(1). See also Treas. Reg. § 1.672(f)-(1) (implementing the general rule of Section 672(f) effective for taxable years of a trust beginning after August 10, 1999).

(57) With respect to this exception, the Internal Revenue Service perceived that a power to revoke and revest the trust property in himself or herself may be so limited that it is unlikely that it will be exercised. Thus, pursuant to Treasury regulations, this exception will not apply unless the power to revoke and revest is exercisable for a period or periods aggregating 183 days or more during the tax year of the trust. As a further refinement of this rule, if the first or last taxable year of the trust is less than 183 days (including the year of the grantor's death), the revocable trust exception will apply if the grantor has the power to revest on each day of the first or last taxable year. Treasury regulations indicate that the revocable trust exception continues to apply if the grantor becomes incapacitated, provided there is a guardian or other person who has unrestricted authority to exercise the necessary power on the grantor's behalf. Importantly, if a trust fails to qualify for the revocable trust exception in one year, the exception cannot apply in a later year even if the requirements would otherwise be satisfied in such later year. See Treas. Reg. § 1.672(f)-(3). These Treasury regulations are effective generally to taxable years of a trust beginning after August 10, 1999.

(58) In this context, a "related or subordinate party" is a nonadverse party who is either the grantor's spouse who is living with the grantor, or the grantor's father, mother, issue, brother or sister; an employee of the grantor; a corporation or an employee of a corporation in which the stockholdings of the grantor and the trust are significant from the viewpoint of voting control; or a subordinate employee of a corporation in which the grantor is an executive. Code § 672(c). A nonadverse party means any person who is not an adverse party. An adverse party means any person having a substantial beneficial interest in the trust which would be adversely affected by the exercise or nonexercise of the power which he or she possesses with respect to the trust. A person having a general power of appointment over the trust property is deemed to have a beneficial interest in the trust. A related or subordinate party is presumed to be subservient to the grantor unless such party is shown not to be subservient by a preponderance of the evidence. Code §§ 672(a), (b).

(59) Importantly, this exception applies to both revocable and irrevocable trusts. For trusts to which the general rule of Section 672(f) does not apply because the only amounts distributable (whether income or principal) from such trust (or portion of such trust) during the lifetime of the grantor are distributable to the grantor or the grantor's spouse, Treasury regulations, effective generally to taxable years of a trust beginning after August 10, 1999, clarify that amounts distributable in discharge of a legal obligation of the grantor or the grantor's spouse will generally be treated as amounts distributable to the grantor or the grantor's spouse. Treas. Reg. § 1.672(f)-(3)(b)(2)(i). A legal obligation is defined as an obligation enforceable under the local law of the jurisdiction in which the grantor or the grantor's spouse resides. A legal obligation, however, will not include an obligation to a person who is related (as defined in the Treasury regulations) to the grantor or the grantor's spouse, unless the obligation was contracted bona fide and for adequate and full consideration in money or money's worth. Treas. Reg. § 1.672(f)-(3)(2)(ii). For purposes of this exception to the general rule, amounts distributable to support a family member of the grantor or the grantor's spouse will be treated as amounts distributable to the grantor or the grantor's spouse only if certain requirements are satisfied. See Treas. Reg. § 1.672(f)-3(b)(2)(ii)(B). The family member must be an individual who would be treated as a dependent of the grantor or the grantor's spouse under Sections 152(a)(1) through (9) of the Code without regard to the requirement that over half of the individual's support be received from the grantor or the grantor's spouse. The family member must also be either permanently and totally disabled (within the meaning of Section 22(e)(3)) or less than 19 years of age.

Saggi

pensation for services rendered (to the extent of these distributions)(60).

Furthermore, a grantor trust that was in existence on September 19, 1995 will be “grandfathered” and will continue to maintain its grantor trust status with respect to any property transferred to it prior to or on such date, provided that it was classified as a grantor trust because (i) the grantor or a nonadverse party or both had the power to revoke the trust and revest title to the assets in the grantor(61) or (ii) the income without the approval or consent of any adverse party was, or, in the discretion of the grantor or a nonadverse party, or both, may be distributed, or could be accumulated for future distribution, to the grantor or the grantor’s spouse(62). These grandfather provisions will apply only if a separate accounting is kept for amounts transferred to the trust after September 19, 1995, including all income, gains, losses and distributions from such property(63). If there is no separate accounting, the entire trust will be treated as a non-grantor trust. If there is a separate accounting (without regard to physical separation of the property), the portion of the trust that is attributable to amounts that were held in the trust on or before September 19, 1995 will be treated as a grantor trust and the remainder as a non-grantor trust. The initial separate accounting must be prepared by the due date (including extensions) for the tax return of the trust for the first taxable year of the trust beginning after August 10, 1999(64).

3. Exception to Foreign Grantor Classification.

Under Section 672(f)(5) of the Code, any foreign trust with a U.S. beneficiary that would be treated as a grantor trust with respect to the foreign grantor under one of the above described exceptions is deemed a grantor trust with respect to the U.S. beneficiary to the extent such beneficiary made gratuitous direct or indirect transfers of property to the grantor in excess of a statutory amount of \$10,000. Importantly, this rule applies without regard to whether the U.S. beneficiary was a U.S. beneficiary at the time of transfer. There is a limited exception if the U.S. beneficiary can demonstrate to the satisfaction of the Commissioner that the transfer by the U.S. beneficiary to the foreign person was wholly unrelated to any transaction involving the trust(65). Section 672(f)(5) often works in tandem with Section 679 (to be discussed herein under “U.S.

Grantor”). Section 672(f)(5) recharacterizes the U.S. beneficiary as a “grantor,” while Section 679 may, in certain circumstances, treat the U.S. beneficiary/grantor as an “owner” under the grantor trust rules. The definition of “U.S. beneficiary” is the same in both sections. However, Section 672(f)(5) may have a broader reach where the U.S. beneficiary was not a U.S. person at the time of transfer, but later became a U.S. person. In such case, Section 679 would treat the U.S. beneficiary as an owner only if such beneficiary became a U.S. person within five years of the original transfer. However, Section 672(f)(5) would treat the U.S. beneficiary as the grantor irrespective of the time period between the original transfer and beneficiary becoming a U.S. person.

4. Examples.

• Suppose that a nonresident alien creates and funds a foreign trust on July 19, 2002. The trust is an irrevocable, discretionary trust for the benefit of the nonresident’s wife and children, all of whom are U.S. citizens. The nonresident retains no powers over the trust but the trustee may amend the trust in all respects. Is the trust a grantor trust because the trustee may exercise its broad discretionary powers to amend the trust to add the grantor as a beneficiary and distribute the trust fund to him? Or is the trust a grantor trust only when the trustee exercises such

Note:

(60) For trusts to which the general rule of Section 672(f) does not apply because the amounts distributed are treated as compensation, Treasury regulations, effective generally to taxable years of a trust beginning after August 10, 1999, provide categories of trusts that constitute compensatory trusts. The following is the exclusive list of such trusts:

1. Nonexempt employees’ trusts described in Code § 402(b);
2. The so-called “rabbi trusts”; and
3. Any additional categories of trusts designated by the Commissioner as to which the compensatory trust exception applies.

(61) Treas. Reg. §1.672(f)-3(a)(3), incorporating Code § 676. A trustee’s discretionary power to terminate the trust and distribute the trust fund to the grantor is sufficient to satisfy Section 676.

(62) Treas. Reg. §1.672(f)-3(b)(3), incorporating Code §§ 677(a)(1) and (2). Neither Section 677(a)(1) nor 677(a)(2) imposes the limitation that the grantor and/or the grantor’s spouse be the only permissible beneficiaries during the grantor’s lifetime.

(63) Treas. Reg. §1.672(f)-3(d).

(64) Treas. Reg. §1.672(f)-3(e).

(65) Treas. Reg. §1.672(f)-5.

powers? The exceptions to the general prohibition on a foreign person being treated as an owner under the grantor trust rules are intended to be construed narrowly and the trust will not meet the revocable trust exception. What if the trust were created on January 1, 1995 instead of July 19, 2002? In this case, the trust would be grandfathered under the 1996 Act as to amounts contributed before or on September 19, 1995, provided a separate accounting is maintained, whether or not the grantor is ever added as a beneficiary.

- Suppose that a nonresident alien creates and funds a revocable foreign trust during her lifetime for the benefit of her husband and children. The husband is also a nonresident but all of the children are U.S. residents. Under the terms of the trust instrument, the husband has a general power of appointment following the death of the grantor. The nonresident grantor dies. Is the trust a grantor trust as to the husband under Section 678? Section 672(f) preempts Section 678 and provides limited circumstances in which a foreign individual can be treated as an owner under the grantor trust rules, all of which are premised on the individual being the "grantor". The husband is not the "grantor" and thus will not be treated as an owner under the grantor trust rules. What if the husband actually exercised his general power of appointment and transferred the trust fund to a foreign trust which he created? In this case, the husband would be the grantor under Treasury Regulation section 1.671-2(e)(5) and would be treated as the owner of the trust under the revocable trust exception.

C. U.S. Grantor.

A U.S. grantor of a foreign trust is automatically treated as the owner of any portion of the trust attributable to the property transferred by such U.S. grantor (directly or indirectly) for any year in which the foreign trust has U.S. beneficiaries, even if the U.S. grantor does not possess any grantor-type powers over the trust(66). By statutory mandate, the grantor is deemed the owner of the portion of the trust attributable to his or her contribution and is subject to U.S. federal income tax on the income attributable to such property. The creation, contribution of property to, termination of, and distribution of income or principal from, such a trust must be disclosed to the Internal Rev-

enue Service under filing requirements enacted by the 1996 Act(67).

Applicable Treasury regulations provide operating rules and definitions. Under Treasury regulations, the term "U.S. transferor" means any U.S. person who directly, indirectly or constructively makes a "transfer" (as defined in the applicable Treasury regulation) to a foreign trust. The term "U.S. transferor" includes entities as well as individuals, but also applies to certain nonresident alien individuals who elect to be treated as U.S. residents, and to certain dual resident taxpayers. Importantly, a special rule applies to a nonresident alien individual who immigrates to the United States within five years after directly or indirectly transferring property to a foreign trust. In such case, the individual is treated as transferring on his or her residency starting date an amount equal to the portion of such trust attributable to the initial transfer(68). If a nonresident alien transfers property to a foreign trust more than five years prior to immigrating to the United States, how-

Note:

(66) Code § 679. Section 679 was enacted as part of the Tax Reform Act of 1976 (P.L. 94-445, 90 Stat. 1614) but amended significantly by the 1996 Act, which broadened its reach.

(67) Code § 6048. Under the current law, a U.S. transferor is required to make an information return on Form 3520 reporting the creation of, or transfer to, a foreign (non-U.S.) trust. Id.; see also I.R.S. Notice 97-34, 1997-1 C.B. 422 ("Notice 97-34"). A person who fails to comply with this reporting requirement is subject to a 35 percent penalty on the gross value of the property transferred unless the failure to file was due to reasonable cause and not willful neglect. Code § 6677(a). Additionally, a U.S. person who is treated as an owner of a foreign trust under Sections 671 through 679 is responsible for ensuring that the trust makes an annual return on Form 3520-A and furnishes the U.S. owners with The Foreign Grantor Trust Owner Statement and the U.S. beneficiaries who received distributions that year with The Foreign Grantor Trust Beneficiary Statement. Code § 6048(b)(1)(B). If the trust fails to file the Form 3520-A or provide the required information to the U.S. owners or U.S. beneficiaries, as the case may be, the U.S. owner is subject to a penalty equal to 5 percent of the gross value of the portion of the trust's assets treated as owned by that person unless the failure to do so was due to reasonable cause and not willful neglect. Code §§ 6677(b) and (c)(2). The U.S. owner is required to make an annual return on Form 3520 and attach the Foreign Grantor Trust Owner Statement. It is advisable for the trust to appoint a U.S. agent in this regard because if a foreign trust with a U.S. owner does not have a U.S. agent, the Secretary may determine the amounts required to be taken into account by the U.S. owner with respect to the foreign trust. Code § 6048(b)(2). In order to avoid this adverse result, a U.S. owner of a foreign trust should ensure that a U.S. agent is appointed for purposes of Sections 7602, 7603, and 7604 of the Code with respect to a request by the Secretary to examine records or produce testimony or to respond to a summons by the Secretary for such records or testimony. Any U.S. citizen, resident alien, or U.S. corporation (including a U.S. grantor or U.S. beneficiary of a foreign trust) may act as the U.S. agent of the trust.

(68) Code § 679(a)(4), Treas. Reg. § 1.679-5(a).

Saggi

ever, the rule does not apply even if beneficiaries of the trust are, or later become, residents of the United States while the grantor is a U.S. person.

A trust is treated as having a U.S. beneficiary for any taxable year unless (i) no part of the income or corpus of the trust may be paid to or for the benefit of a U.S. person and (ii) if the trust were terminated at any time during the taxable year, no part of the income or corpus of such trust could be paid to or for the benefit of a U.S. person(69). The determination of whether a trust is treated as having a U.S. beneficiary is made on an annual basis. Consistent with this approach, the possibility that a person who is not a U.S. person could become a U.S. person will not cause that person to be treated as a U.S. person for purposes of Section 679 until the tax year of the U.S. transferor in which that individual actually becomes a U.S. person(70). However, if that foreign beneficiary becomes a U.S. person for the first time more than five years after the date of the initial transfer, that beneficiary is not treated as a U.S. beneficiary for purposes of Section 679, even after the beneficiary becomes a U.S. person(71).

For the purpose of determining whether income or corpus is considered to be paid to or accumulated for the benefit of a U.S. person during a taxable year, it is irrelevant whether income or corpus is actually distributed to a U.S. person during that year, and whether a U.S. person's interest is contingent on a future event(72). However, the Treasury regulations provide that a person who is not named as a beneficiary and is not a member of a class of beneficiaries as defined under the trust instrument (or other relevant agreements, understandings, records, and documents) is not taken into consideration if the U.S. transferor demonstrates to the satisfaction of the Internal Revenue Service that such person's contingent interest in the trust is so remote as to be negligible(73). This exception does not apply to persons who may receive distributions in the discretion of the trustee or other person(74).

A trust may be treated as having a U.S. beneficiary not only by reference to the trust instrument, but also by reference to all other written and oral agreements and understandings (including, for example, letters of wishes or other similar documents, whether or not of purported legal effect)(75). Also, a trust may be treated as having a U.S. beneficiary based on possible amendments to the trust instrument, possible application of local law that would require pay-

ments or accumulations to or for the benefit of a U.S. person (unless the law is not reasonably expected to apply under the facts and circumstances), or actual or reasonably expected disregard of the trust terms by the parties(76). Importantly, a foreign trust is treated as having a U.S. beneficiary if a U.S. person can benefit indirectly through an intermediary, such as an agent or nominee, or through the use of a debit or credit card, or by any other means where a U.S. person may obtain an actual or constructive benefit from the trust(77). A foreign trust is also treated as having a U.S. beneficiary if, through a controlled foreign corporation or a foreign partnership, a U.S. person is a partner, or, if in a foreign estate or trust, a U.S. person has a beneficial interest.

The regulations anticipate situations where there is a change in a foreign trust's status with respect to having a U.S. beneficiary. If a foreign trust does not have a U.S. beneficiary initially but subsequently acquires one, the U.S. transferor is treated as having additional income in the first taxable year of the U.S. transferor in which the trust is treated as having a U.S. beneficiary. Such additional income is equal to the trust's undistributed net income, as defined in Section 665(a) of the Code, at the end of the U.S. transferor's immediately preceding taxable year, which is subject to the rules of Section 668, providing for an interest charge on accumulation distributions (to be discussed herein under "Taxation of U.S. Beneficiaries of Foreign Non-Grantor Trusts.")(78). If a trust has a U.S. beneficiary initially, but subsequently ceases to have one, the U.S. transferor ceases to be the owner beginning in the next taxable year, if the trust is not otherwise treated as a grantor

Note:

(69) Code § 679(c)(1).

(70) Treas. Reg. § 1.679-2(a)(3).

(71) Id.

(72) Treas. Reg. § 1.679-2(a)(2)(i).

(73) Treas. Reg. § 1.679-2(a)(2)(ii).

(74) Treas. Reg. § 1.679-2(a)(2)(iii), Example 10.

(75) Treas. Reg. § 1.679-2(a)(4)(i).

(76) Treas. Reg. § 1.679-2(a)(4)(ii).

(77) Treas. Reg. § 1.679-2(b)(2).

(78) Treas. Reg. § 1.679-2(c)(1).

trust. In that case, the U.S. transferor is treated as making a transfer to the foreign trust that may be subject to gain recognition under Section 684 (to be discussed herein under “The Tax on Transfers to Foreign Trusts”)(79).

The regulations broadly define “transfer” to include any direct, indirect, or constructive transfer by a U.S. person to a foreign trust. A transfer of property to a foreign trust from a U.S. or foreign trust that is owned by a U.S. person is treated as a transfer from the owner of the transferor trust(80). A transfer to a foreign trust by any person to whom a U.S. person transfers property (intermediary) is treated as an indirect transfer by the U.S. person if the transfer is made pursuant to a plan, one of the principal purposes of which is the avoidance of U.S. tax(81). A tax avoidance purpose is deemed to exist if certain factual circumstances are present, and the burden is on the U.S. person to prove otherwise(82). Although the intermediary is not treated as having transferred property to the foreign trust for purposes of Section 679 of the Code, the intermediary must comply with the reporting requirements of Section 6048 of the Code, if applicable. A constructive transfer includes any assumption or satisfaction of a foreign trust’s obligation to a third party by a U.S. person(83). If a U.S. person who is a related person with respect to the foreign trust guarantees a trust obligation to an unrelated person, such U.S. person will be treated as having made a transfer to the foreign trust(84). If a U.S. person who is a related person with respect to the foreign trust transfers property to an entity owned by a foreign trust, the transfer is deemed made to the trust, followed by a transfer from the trust to the underlying entity, unless the U.S. person demonstrates to the Internal Revenue Service that the transfer to the entity is attributable to the U.S. person’s ownership interest in that entity(85).

Transfers for fair market value are excepted from the ambit of Section 679. The regulations provide in this instance that a transfer is for fair market value only to the extent of the value of property received from the trust, services rendered by the trust, or the right to use property of the trust(86). An interest in a trust is not considered to be property received from the trust. However, a distribution to a foreign trust with respect to an interest held by such trust in an entity other than a trust, or in certain investment trusts, liquidating trusts or environmental remedial

trusts described in applicable Treasury regulations, is considered to be a transfer for fair market value. If a person transfers property to a foreign trust in exchange for property having a fair market value that is less than the entire fair market value of the property transferred, the exception applies only to the extent of the fair market value of the property received(87).

The regulations follow the approach in Notice 97-34 in determining the circumstances under which an obligation of a foreign trust (or person related to the trust) to a U.S. transferor who is a related person (within the meaning of the applicable Treasury regulation) will be treated as a so-called “qualified obligation”, and, thus, will be taken into account for purposes of determining whether that U.S. transferor received fair market value in exchange for a transfer(88). If the obligation is not a qualified obligation, the obligation is considered to have no value for the purposes of determining whether the transferor received fair market value. In order to be treated as a qualified obligation, the obligation must (i) be in writing; (ii) have a term not in excess of five years; (iii) be denominated in U.S. dollars; and (iv) have a yield to maturity not less than 100 percent of the applicable federal rate and not greater than 130 percent of such rate. Accordingly, demand loans and private annuity transactions do not qualify.

.....
Note:

(79) Treas. Reg. § 1.679-2(c)(2).

(80) Treas. Reg. § 1.679-3(b).

(81) Treas. Reg. § 1.679-3(c).

(82) The test for determining whether a tax avoidance purpose exists is similar to that set forth in Treasury Regulation section 1.643(h)-1(a), which deals with foreign trust distributions to U.S. persons through foreign intermediaries. However, unlike the intermediary rule, the presumption applies without regard to the period of time between the transfer from the U.S. person to the intermediary and from the intermediary to the foreign trust. This test is discussed in greater detail in the accompanying text under the “Intermediary Rule.”

(83) Treas. Reg. § 1.679-3(d).

(84) Treas. Reg. § 1.679-3(e).

(85) Treas. Reg. § 1.679-3(f)(1).

(86) Treas. Reg. § 1.679-4(b)(1).

(87) Treas. Reg. § 1.679-4(b)(2)(i).

(88) Treas. Reg. §§ 1.679-4(c) and (d).

Saggi

The regulations apply generally to transfers to foreign trusts after August 7, 2000, persons whose residency starting dates are after that date, and trusts that become foreign trusts after that date. However, special effective dates, based on guidance set forth in Notice 97-34, are provided for rules that apply to qualified obligations.

1. Example.

- Suppose a nonresident alien creates and funds a foreign trust in January 1, 1995. The beneficiaries of the trust include the nonresident, her husband and their adult children, all of whom are foreign persons. The nonresident does not retain any powers over the trust but the trustee has a discretionary power to add and exclude beneficiaries. Subsequently, in 1997, the nonresident's employer decides to transfer her to the United States. Her husband accompanies her but their adult children remain behind. Prior to moving

to the United States, the trustee executes a deed excluding the nonresident and her husband as beneficiaries of the trust. The nonresident and her husband move to the United States in the latter part of 1997. Does Section 679 apply? Regardless of the fact that the nonresident and her husband were excluded as beneficiaries, the trust is still considered to have U.S. beneficiaries because of the trustee's power to add them as future beneficiaries. Moreover, in applying Section 679, there is a five-year look back rule that could potentially apply. In this case, however, the original transfer of property to the trust occurred prior to February 6, 1995, the effective date of the five-year look back rule, and, therefore, Section 679 does not apply. Note that if the trustee were to irrevocably release its power to add beneficiaries at the same time it excluded the nonresident and her husband as beneficiaries, Section 679 would not apply either, even if the transfer were made after the effective date of the five-year look back rule.

Il trust auto-dichiarato nella Convenzione de L'Aja sui trust

di Saverio Bartoli

SOMMARIO: § 1. Premessa. – § 2. Cenni sul trust auto-dichiarato nel diritto inglese. – § 3. Il problema relativo all'applicabilità o meno della Convenzione de L'Aja sui trust al trust auto-dichiarato. – § 3.1. I lavori preparatori e l'art. 2 della Convenzione. – § 3.2. I lavori preparatori e l'art. 4 della Convenzione. – § 3.3. La posizione della dottrina italiana prima dell'intervento della giurisprudenza. – § 3.4. L'intervento della giurisprudenza italiana. – § 3.5. La dottrina italiana successiva all'intervento della giurisprudenza. – § 3.6. La tesi proposta.

§ 1. Premessa.

A partire dalla fine dell'anno 2001, dunque in tempi relativamente recenti, vicende attinenti al cosiddetto trust "auto-dichiarato" (detto anche "statico" o "unilaterale"⁽¹⁾) sono state oggetto di sette pronunzie giudiziarie⁽²⁾, cinque delle quali⁽³⁾ hanno concluso per l'ammissibilità di tale istituto nel nostro ordinamento giuridico.

Si presenta così l'occasione di analizzare più a fondo questa figura, soffermandosi in particolare sul problema della sua collocazione all'interno della Convenzione de L'Aja⁽⁴⁾.

§ 2. Cenni sul trust auto-dichiarato nel diritto inglese.

È noto che nell'ordinamento inglese il disponente può istituire un trust, alternativamente, o mediante trasferimento dei beni ad un trustee ovvero dichiarandosi trustee di detti beni⁽⁵⁾.

In quest'ultimo caso, i beni resteranno (stante la coincidenza fra disponente e trustee) in proprietà del disponente, ma risulteranno affetti da quel vincolo di destinazione opponibile ai terzi che è tipico di qualunque trust.

Com'è stato osservato⁽⁶⁾, il trust in cui disponente e trustee coincidono (*declaration of trust*) è stato creato da una sentenza inglese dell'inizio del XIX secolo⁽⁷⁾.

Quanto alla forma della *declaration of trust*, valgono le regole generali proprie di qualunque atto *inter*

Note:

Saverio Bartoli è avvocato in Firenze.

(1) Gli inglesi parlano al riguardo di *declaration of trust*.

(2) Trattasi, in ordine di tempo, di Trib. Pisa, 22 dicembre 2001, in questa Rivista, 2002, 241; Riv. not., 2002, 188 (nota M. Lupoi) (per commenti su questa vicenda, R. Siclari, Il trust interno tra vecchie questioni e nuove prospettive; il trust statico, Vita not., 2002, 727; M. L. Mingrone, La giurisprudenza italiana sui trust: un ulteriore passo verso il riconoscimento dell'istituto, in questa Rivista, 2002, 381; D. Muritano, Trust auto-dichiarato per provvedere ad un fratello con handicap, in questa Rivista, 2002, 473; P. Manes, Trust e art. 2740 c.c.: un problema finalmente risolto, Contratto e impr., 2002, 570); Trib. Milano, 8-29 ottobre 2002, in questa Rivista, 2003, 270 (per commenti su questa vicenda, cfr. F. Steidl, Trust auto-dichiarati: percorsi diversi della trascrivibilità, in questa Rivista, 2003, 376; L. Monti, Trust unilaterale e trascrizione, in questa Rivista, 2003, 480); Trib. Verona, 8 gennaio 2003, in questa Rivista, 2003, 409 (per commenti su questa vicenda, F. Steidl, Trust auto-dichiarati [*supra*, in questa nota], 376; L. Monti, Trust unilaterale [*supra*, in questa nota], 480); Trib. Napoli, 1° ottobre 2003, in questa Rivista, 2004, 74 (per commenti su questa vicenda, M. Lupoi, Osservazioni su due recenti pronunce in tema di trust, in questa Rivista, 2004, 362; Riv. not., 2004, 568); Trib. Parma, 21 ottobre 2003, in questa Rivista, 2004, 73 (per commenti su questa vicenda, M. Lupoi, Osservazioni [*supra*, in questa nota]; F. Di Ciommo, Ammissibilità del trust interno e giustificazione causale dell'effetto traslativo, Foro it., 2003, I, 1295); App. Napoli, 27 maggio 2004, in questa Rivista, 2004, 570 (per un primo commento su di essa, F. Cerio, La trascrizione del trust interno autodichiarato, in questa Rivista, 2005, 185); Trib. Milano, 23 febbraio 2005, Sole 24Ore del 31 marzo 2005, la sentenza sarà pubblicata sul prossimo numero di questa Rivista.

(3) Trib. Pisa, 22 dicembre 2001 [*supra*, nota 2]; Trib. Milano, 8-29 ottobre 2002 [*supra*, nota 2]; Trib. Verona, 8 gennaio 2003 [*supra*, nota 2]; Trib. Parma, 21 ottobre 2003 [*supra*, nota 2]; Trib. Milano, 23 febbraio 2005 [*supra*, nota 2]. Occorre evidenziare che ad oggi l'unica decisione contraria al trust auto-dichiarato è (come meglio si evidenzia *infra*, § 3.4) Trib. Napoli, 1° ottobre 2003 [*supra*, nota 2], in quanto in sede di gravame App. Napoli, 27 maggio 2004 [*supra*, nota 2] ha ritenuto non trascrivibile il trust auto-dichiarato facendo leva non già sull'inammissibilità di detta figura (il *decisum*, infatti, non si sofferma sul punto in alcun modo), bensì sull'inammissibilità della trascrizione del trust *tout court* alla luce di un preteso principio di tassatività delle ipotesi di atti trascrivibili (principio quest'ultimo – com'è noto – tutt'altro che pacifico: cfr. *infra*, nota 57).

(4) Non è invece possibile trattare in questa sede il tema del raffronto fra trust e negozio fiduciario, con particolare riferimento alla cosiddetta fiducia statica, la quale, com'è noto, presenta forti affinità con il trust auto-dichiarato (sul rapporto fra quest'ultimo ed il negozio fiduciario, v., per tutti in dottrina, M. Lupoi, Trusts, II ed., Milano, 2001, p. 728 s.; S. Bartoli, Il Trust, Milano, 2001, p. 361 s.).

(5) Il punto è pacifico: v., per tutti, A. Underhill – D. J. Hayton, Law Relating to Trusts and Trustees, Londra – Dublino – Edimburgo, 2003, p. 144.

(6) V.: M. Lupoi, Trusts [*supra*, nota 4], p. 160; M. Graziadei, Diritti nell'interesse altrui. Undisclosed agency e trust nell'esperienza giuridica inglese, Trento, 1995, p. 248 s.; S. Bartoli, Il Trust [*supra*, nota 4], pp. 67-68.

(7) Trattasi della sentenza *Ex Parte Pye* (1811) 18 VES 140, sulla quale v. *supra*, nota 6.

Saggi

vivos istitutivo di trust: essa è infatti a forma libera, salvo che abbia ad oggetto immobili, nel qual caso dovrà essere provata per iscritto(8).

Quanto al contenuto della dichiarazione di volontà del disponente, pur non essendo richieste formule sacramentali, deve risultare in modo inequivoco che costui intese assumere il ruolo di trustee dei propri beni, e non semplicemente effettuare una donazione(9).

La *declaration of trust* è un atto unilaterale(10) e non recettizio, nel senso che non occorre, ai fini della sua efficacia, che essa sia comunicata ai beneficiari(11): dall'omessa comunicazione, però, potrebbe in certi casi desumersi o che il trust è inesistente poiché il disponente non era del tutto convinto di istituirlo(12), ovvero che il trust è affetto da nullità per simulazione, in quanto il disponente lo ha istituito allo scopo di farne conoscere l'esistenza ai propri creditori e non anche ai destinatari delle sue utilità economiche(13).

§ 3. Il problema relativo all'applicabilità o meno della Convenzione de L'Aja sui trust al trust auto-dichiarato.

§ 3.1. I lavori preparatori e l'art. 2 della Convenzione.

Nella sua stesura originaria, l'art. 2, primo paragrafo, della Convenzione affermava(14) che per trust s'intendono i rapporti giuridici istituiti da un soggetto "qualora dei beni siano trasferiti a o trattenuti da" un trustee.

Detta chiara formulazione, non ritenendo indispensabili né un'alterità soggettiva fra disponente e trustee, né un trasferimento di beni dal primo al secondo, da un lato forniva una nozione di trust conforme a quella tradizionalmente presente nell'ordinamento inglese(15), dall'altro non lasciava dubbi in ordine all'applicabilità della Convenzione anche ai trust auto-dichiarati.

Nel corso dei lavori preparatori, però, la norma in esame è stata modificata, pervenendo in tal modo alla sua odierna formulazione, secondo la quale per trust s'intendono i rapporti giuridici istituiti "da un soggetto, il disponente, qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di un trustee".

Occorre in primo luogo osservare che l'inserimento dell'espressione "il disponente" ha fatto sì che la lettera della norma appaia ora richiedere che disponente e trustee siano soggetti diversi(16).

Preme comunque subito evidenziare che la men-

zione del disponente, come risulta dai lavori preparatori(17), lungi dall'esser frutto di una precisa scelta normativa nel senso suindicato, avvenne unicamente per venir incontro a richieste in tal senso da parte di delegati di Paesi di *civil law*.

Quanto poi all'introduzione nella norma dell'espressione "beni posti sotto il controllo di un trustee"

Note:

(8) V. infatti Law of Property Act 1925, sect. 53 (1)(b). Nel testo si è volutamente evitato di parlare di forma scritta *ad probationem*, onde evitare fuorvianti assimilazioni con nostri concetti civilistici.

(9) La decisione *Richards v Delbridge* (1874) LR 18 Eq. 11 distingue, infatti, fra espressioni tipo "I give and make over this property to you", le quali manifestano la volontà di effettuare una semplice donazione, ed espressioni tipo "I undertake to hold this property for you", le quali invece manifestano la volontà di istituire un trust auto-dichiarato. Quale esempio di trust in cui disponente e trustee coincidono è stato, ad esempio, citato (cfr. A. Underhill - D. J. Hayton, *Law Relating to Trusts and Trustees* [supra, nota 5], p. 146) quello di cui alla sentenza *Paul v Constance* (1977) 1 AELR, 195: un uomo che aveva depositato del denaro in un proprio personale conto bancario, aveva però autorizzato la propria convivente a prelevarne delle somme, a più riprese dicendole che ella poteva considerarlo come denaro di entrambi ("the money is as much yours as mine"). Altro noto esempio è costituito dal cosiddetto *Totten trust*, sul quale si vedano M. Lupoi, *Trusts* [supra, nota 4], pp. 653-654; V. Bertolli, *Il Totten trust*, in questa Rivista, 2002, 399; S. Bartoli, *Il trust ed il divieto dei patti successori, con particolare riguardo al cosiddetto Totten trust*, ivi, 207.

(10) Nel trust auto-dichiarato, come nel trust testamentario, è particolarmente evidente la natura unilaterale del negozio istitutivo del trust, che dev'essere però sottolineata anche per i trust caratterizzati dal trasferimento di beni dal disponente ad un trustee. Sulle ragioni dell'unilateralità del trust, v. M. Lupoi, *Riflessioni comparatistiche sui trusts, Europa e dir. priv.*, 1998, 425; S. Bartoli, *Il Trust* [supra, nota 4], p. 117 s.

(11) Cfr. A. Underhill - D. J. Hayton, *Law Relating to Trusts and Trustees* [supra, nota 5], p. 145.

(12) Così è accaduto in *Re Cozens* (1913) 2 Ch. 478.

(13) Così è accaduto in *Midland Bank plc v Wyatt* (1995) 1 FLR 697; in questa Rivista, 2003, 299.

(14) V.: M. Lupoi, *Trusts* [supra, nota 4], p. 502 e p. 503; S. Bartoli, *Il Trust* [supra, nota 4], p. 513.

(15) Ciò, del resto, in perfetta aderenza con quanto riportato nel preambolo della Convenzione, il quale si riferisce al trust come istituzione tipica creata dalle giurisdizioni di *equity* nei paesi di *common law* (v. G. Contaldi, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, Milano, 2001, p. 57).

(16) Lo ammettono M. Lupoi, *Trusts* [supra, nota 4], p. 504 e ivi, nota 68; S. Bartoli, *Il Trust* [supra, nota 4], p. 513.

(17) V.: A. E. Von Overbeck, Report of the Special Commission, in Hague Conference on private international law. Proceedings of the 15th Session, II, L'Aja, 1985, p. 180 s., che in relazione all'art. 4, primo paragrafo della bozza provvisoria della Convenzione (corrispondente, appunto, all'art. 2 della versione definitiva) afferma: "This provision gives the definition as such of the trust by setting out the three elements considered in English and American doctrine to be essential that there be a trust: property, a trustee and beneficiaries. At the request of experts from the civil law countries, the settlor has also been mentioned".

in luogo di quella “beni trasferiti a o trattenuti da un trustee”, detta modifica, a dispetto della poco convincente spiegazione ufficiale che ne fu data(18), in realtà altro non fu che il (maldestro) frutto dell’interazione di due orientamenti presenti in seno alla Conferenza de L’Aja.

Il primo di tali orientamenti, proprio dei delegati dei Paesi di *common law* ed a più riprese emerso nel corso dei lavori (anche con riguardo ad altri articoli), mirava a far varare una nozione convenzionale di trust la quale fosse di facile ed immediata comprensibilità anche per i Paesi di *civil law*(19).

Ciò è tanto vero che i delegati dei Paesi di *common law* non dettero, per lo più, particolare peso alla detta modifica, in quanto essi – data la loro antica familiarità con l’istituto del trust – giudicarono le due espressioni sostanzialmente equivalenti(20).

Il secondo orientamento, assai diffuso fra i delegati partecipanti alla Conferenza (quale che ne fosse l’estrazione giuridica) mirava a far varare una nozione convenzionale di trust che, sia pur ponendosi in contrasto con i “puristi” intendimenti palesati nel preambolo della Convenzione(21), non fosse ristretta al trust propriamente detto, ma risultasse aperta anche alle cosiddette “trust-like institutions”, cioè ad altri istituti (propri anche di Paesi estranei all’area della *common law*) ad esso più o meno analoghi.

La finale e lata formulazione dell’art. 2, primo paragrafo, pertanto, ha finito per esser fonte di almeno due ordini di rilevanti problemi ermeneutici:

a) quello (che non può esser affrontato nella presente sede, ma che tende a ricevere risposta positiva(22)) dell’applicabilità della Convenzione solo al trust propriamente detto, ovvero anche alle “trust-like institutions” le cui caratteristiche siano in linea con la previsione della citata norma;

b) quello (che è oggetto del presente scritto) dell’applicabilità della Convenzione non solo ai trust con trasferimento al trustee, ma anche ai trust auto-dichiarati.

Occorre altresì osservare fin d’ora che nessun sicuro contributo alla soluzione di quest’ultimo problema appare fornito dall’ultimo paragrafo del medesimo art. 2(23), per il quale “il fatto che il disponente conservi alcuni diritti e facoltà(24) [...] non è necessariamente incompatibile con l’esistenza di un trust”: come sembra risultare dai lavori preparatori(25), infatti, è pressoché certo che fra tali “diritti e facoltà” non possa figurare l’ipotesi in cui il disponente si auto-dichiari trustee.

Note:

(18) Detta spiegazione ufficiale (reperibile in A. E. Von Overbeck, Report of the Special Commission [*supra*, nota 17], n. 30; Id., Explanatory Report, in Hague Conference [*supra*, nota 17], p. 381) afferma che il “trasferimento dei beni al trustee” è stato sostituito con il “controllo dei beni da parte del trustee” non già perché non lo si ritenesse essenziale per la configurabilità di un trust, bensì perché tutto ciò che riguarda il trasferimento al trustee è, come risulta dall’art. 4 della Convenzione (sul quale si tornerà *infra*, § 3.2), estraneo all’ambito applicativo della stessa. Com’è stato osservato (v. M. Lupoi, Trusts [*supra*, nota 4], p. 502, nota 57), però, tale motivazione non convince affatto, in quanto, essendo compito dell’art. 2 della Convenzione semplicemente quello di fornire una definizione di trust, esso ben avrebbe potuto menzionare il trasferimento dei beni al trustee.

(19) Si veda ad esempio quanto dichiarato dal delegato statunitense Trautman in Hague Conference [*supra*, nota 17], p. 238: “The wording “place under control of” [...] might be better understood by the civil law countries”.

(20) Ne appare chiaro indice quanto affermato, nel corso dei lavori, sia dal Segretariato del Commonwealth (ad avviso del quale il testo convenzionale “repeatedly stresses a transfer of assets” tanto nell’art. 2, primo paragrafo, che parla di “controllo”, quanto nell’art. 4, che parla di “trasferimento”), sia dal delegato statunitense Trautman (per il quale “there was no difference between transfer and place under the control of, because conceptually there is a transfer when there is a declaration of trust”): v. Hague Conference [*supra*, nota 17], rispettivamente p. 214 e p. 238.

(21) Si veda infatti *supra*, nota 15.

(22) Sul punto, pertanto, v., per tutti, M. Lupoi, Trusts [*supra*, nota 4], p. 491 s., il quale qualifica il trust delineato dalla norma convenzionale come “trust amorfo” (*shapeless trust*); S. Bartoli, Il Trust [*supra*, nota 4], p. 508 s. L’estendibilità della Convenzione alle *trust-like institutions*, come si vedrà *infra*, § 3.6, costituisce, fra l’altro, argomento a favore dell’applicabilità di essa, a *fortiori*, ai trust auto-dichiarati.

(23) Norma corrispondente all’art. 4, quarto paragrafo della bozza provvisoria della Convenzione.

(24) Si precisa che si è fatto uso della traduzione non ufficiale della norma proposta dall’Associazione “Il Trust in Italia” (consultabile in S. Buttà (cur.), Introduzione ai trust e profili applicativi, Trusts, Quaderni, n. 2, Milano, 2002, p. 209 s.), che è in linea con la traduzione ufficiale in lingua inglese (che parla di “rights and powers”) ed appare da preferirsi alla traduzione non ufficiale ministeriale, che usa l’assai più generico termine “prerogative” (sia pure in linea con la versione ufficiale in lingua francese, che parla appunto di “*prérogatives*”).

(25) Cfr. ad esempio le osservazioni del Segretariato dei Paesi del Commonwealth consultabili in Hague Conference [*supra*, nota 17], p. 214 (per le quali la norma in esame prevede unicamente “that the settlor can reserve certain powers and can also be a beneficiary; the case of the settlor/trustee is not expressly stated”), ovvero quelle di A. E. Von Overbeck, Explanatory Report [*supra*, nota 18], p. 380 (il quale, dopo aver evidenziato che in base alla norma in esame “the roles of the different persons involved may be mingled”, in relazione alla figura del disponente si limita ad affermare che egli “may still retain for himself certain decisions”, con ciò – parrebbe – implicitamente escludendo qualunque riferibilità al trust auto-dichiarato di detta porzione dell’art. 2). Non a caso la delegazione canadese aveva proposto, ma senza successo, di modificare l’ultimo paragrafo dell’art. 2 nel modo che segue: “The creator of the trust, if he wishes, may retain a power or some powers for himself. He may be a trustee, and he may be a beneficiary” (v., sul punto, ancora le osservazioni del Segretariato dei Paesi del Commonwealth reperibili in Hague Conference [*supra*, nota 17], p. 214). Sull’argomento, v. altresì *infra*, nota 53 e nota 76. Com’è noto, i “rights and powers” cui la norma in og-

(Segue)

Saggi

Il problema del rapporto fra trust auto-dichiarati e Convenzione, però, non pare poter esser adeguatamente affrontato senza la previa disamina della genesi di un'ulteriore norma, cioè dell'art. 4.

§ 3.2. I lavori preparatori e l'art. 4 della Convenzione.

Il testo definitivamente approvato dell'art. 4(26) della Convenzione afferma che essa “non si applica a questioni preliminari relative alla validità dei testamenti o di altri atti giuridici, in virtù dei quali determinati beni sono trasferiti al trustee”.

Per comprendere pienamente il significato precettivo della norma, occorre tener presente che, com'è noto(27), all'interno della composita fattispecie istitutiva di un trust si devono distinguere da un lato il negozio istitutivo (il quale contiene il “programma” del trust) e dall'altro il negozio dispositivo (il quale trasferisce il diritto dal disponente al trustee ovvero, nel caso di trust auto-dichiarato, determina la nascita del vincolo di destinazione proprio del trust in capo a beni che sono e restano nella titolarità del disponente).

Costituisce intendimento dell'art. 4 quello di rendere, appunto, estraneo all'ambito applicativo della Convenzione ogni profilo di validità, sia formale che sostanziale, del negozio dispositivo(28): in tale ottica, quindi, il profilo della validità formale e sostanziale di detto negozio sarà disciplinato non già dalla legge regolatrice del trust(29), ma dalle norme di diritto internazionale privato proprie dei singoli Stati(30).

Poiché, da un lato, fra i delegati in seno alla Conferenza era diffuso il convincimento che l'esistenza e la validità di un negozio dispositivo fosse pregiudiziale alla venuta ad esistenza del trust previsto nell'atto istitutivo(31) e, dall'altro lato, costituisce prassi diffusa nell'ordinamento inglese quella di far precedere il negozio istitutivo dal negozio dispositivo(32), tali circostanze produssero in sede di lavori preparatori almeno due ordini di conseguenze:

a) le questioni attinenti alla validità del negozio dispositivo vennero qualificate come “preliminari”, e tale aggettivo venne inserito nel testo dell'art. 4(33);

b) si tentò di rendere palpabile l'intendimento perseguito mediante l'art. 4, implicante in sostanza una dicotomia fra negozio dispositivo (estraneo all'ambito applicativo della Convenzione, in quanto –

ad avviso dei delegati – concernente una fase anteriore alla venuta ad esistenza del trust) e negozio isti-

Note:

(Continua nota 25)

getto (nella sua versione ufficiale in lingua inglese: v. *supra*, nota 24) fa riferimento pongono la affatto diversa questione del discrimine fra trust valido e trust nullo per simulazione (*sham trust*), in quanto caratterizzato dalla mancanza di una vera e propria perdita del controllo sui beni da parte del disponente (v. A. Underhill – D. J. Hayton, *Law Relating to Trusts and Trustees* [*supra*, nota 5], p. 1017: “The final paragraph of article 2 indicates that [...] the reservation by the settlor of certain rights and powers is [...] permitted. The Convention does not say which rights they are. To the extent that the assets remain effectively under the control of the settlor, the trust should be treated as a sham trust”): su tale questione v. S. Bartoli, *Il Trust* [*supra*, nota 4], p. 198 s. e bibliografia ivi citata.

(26) Norma corrispondente all'art. 2 della bozza provvisoria della Convenzione. Per un commento all'art. 4, v. M. Lupoi, *Trusts* [*supra*, nota 4], p. 518 s.; L. Fumagalli, *sub art. 4*, in A. Gambaro – A. Giardina – L. Ponzanelli (curr.), *Convenzione relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento*, Nuove leggi civ., 1993, 1238; S. Bartoli, *Il Trust* [*supra*, nota 4], p. 524 s.

(27) V.: M. Lupoi, *Trusts* [*supra*, nota 4], p. 615 s. e p. 759 s.; G. De Nova, *Trust: negozio istitutivo e negozi dispositivi*, in questa Rivista, 2000, 162; S. Bartoli, *Il Trust* [*supra*, nota 4], p. 125 s. In senso contrario, limitatamente all'ipotesi di trust auto-dichiarato, v. recentemente R. Siclari, *Il trust interno* [*supra*, nota 2], a p. 730 s.

(28) La norma in esame appare pertanto presentare un evidente collegamento con l'art. 15, primo paragrafo, lettere (c) e (d) della Convenzione, che sancisce il principio per cui le norme convenzionali non ostacolano l'operatività delle norme imperative fissate dalle regole di conflitto del foro in materia di testamenti e di trasferimento della proprietà.

(29) Essa regolerà, infatti, come risulta dall'art. 8 della Convenzione, la validità del(l'atto istitutivo del) trust, la sua interpretazione, i suoi effetti e la sua amministrazione. Quanto al profilo della validità dell'atto istitutivo, se è pacifico che nella previsione di detta norma rientrino le questioni di validità sostanziale, è discusso se vi rientrino altresì quelle di validità formale: la tesi prevalente (v. A. Saravalle, *sub art. 8*, in A. Gambaro – A. Giardina – L. Ponzanelli (curr.), *Convenzione* [*supra*, nota 26], 1258, a p. 1259 s.; M. Lupoi, *Trusts* [*supra*, nota 4], p. 520), in linea con il contenuto dei lavori preparatori, opta per la soluzione negativa (in senso contrario, v. ad esempio L. Fumagalli, *La Convenzione dell'Aja sul trust e il diritto internazionale privato*, *Dir. comm. internaz.*, 1992, 533, a p. 549 s.). Ove pertanto si opti per la tesi prevalente, le questioni di forma del negozio istitutivo dovranno esser risolte (analogamente a quanto accade, in base all'art. 4, per quelle concernenti il negozio dispositivo) alla luce delle norme internazionalprivatistiche dei singoli Stati. Per un commento all'art. 8, v. A. Saravalle, *sub art. 8* [*supra*, in questa nota], 1258; S. Bartoli, *Il Trust* [*supra*, nota 4], p. 540 s.

(30) “The law designated by the Convention applies only to the establishment of the trust itself, and not to the validity of the act by which the transfer of assets is carried out. This act is entirely governed by the law to which the conflicts rules of the forum submit it” (così A. E. Von Overbeck, *Explanatory Report* [*supra*, nota 18], p. 381).

(31) “A transfer of assets to the trustee is a sine qua non condition for the creation of the trust” (così A. E. Von Overbeck, *Explanatory Report* [*supra*, nota 18], p. 381).

(32) Lo rileva M. Lupoi, *Trusts* [*supra*, nota 4], p. 589, nota 117.

(33) “The word “preliminary” expresses the idea that the instrument of transfer, such as the will, pre-exists the trust” (così A. E. Von Overbeck, *Explanatory Report* [*supra*, nota 18], p. 382).

tutivo (soggetto, invece, alla Convenzione), facendo frequente ricorso all'immagine della "fionda" o "rampa di lancio" per il primo ed a quella del "sasso" o "razzo" per il secondo(34).

Pur se la scelta *sub a*) e quella *sub b*) non sono risultate particolarmente felici(35), il testo dell'art. 4 è abbastanza chiaro nel suo significato per quanto riguarda i trust caratterizzati da un trasferimento ad un trustee.

I problemi ermeneutici nascono, invece, allorché venga in questione la figura del trust auto-dichiarato, poiché la parte finale del testo definitivo dell'art. 4, come si è visto all'inizio di questo paragrafo, fa riferimento a "testamenti o [...] altri atti giuridici, in virtù dei quali determinati beni sono trasferiti al trustee", senza alcun riferimento espresso – appunto – alla *declaration of trust*.

Un'osservazione preliminare s'impone: il testo dell'art. 4 (che parla di "trasferimento" dei beni al trustee) non coincide con quello dell'art. 2 (che, come si è visto *supra*, § 3.1, nel fornire la nozione convenzionale di trust parla di "controllo" del trustee sui beni).

Ciò ha fatto sì che, nel corso dei lavori preparatori, taluni delegati si siano fatti latori di proposte di modifica del testo provvisorio dell'art. 4, volte a porlo in linea con quello dell'art. 2.

La prima proposta, proveniente dai delegati inglese e statunitense(36), mirava a sostituire nell'art. 4 il concetto di "trasferimento" con quello di "controllo".

Ciò allo scopo, appunto, di rendere chiara la scelta di escludere dall'ambito applicativo della Convenzione ogni profilo di validità, sia formale che sostanziale, del negozio dispositivo non solo nei trust con trasferimento al trustee, ma anche in quelli auto-dichiarati(37).

La proposta in questione incontrò un iniziale vasto favore fra i delegati(38), ma nel prosieguo si fece inopinatamente marcia indietro e finì per essere approvato il sopra menzionato testo provvisorio dell'art. 4(39), in quanto dai più si ritenne (discutibilmente) da un lato che detto testo, tutto sommato, era riferibile anche ai trust auto-dichiarati e dall'altro lato che non era opportuno introdurre una nozione (quella, appunto, di "controllo") che già era utilizzata, a fini diversi, dall'art. 2(40).

Una seconda (e successiva) proposta di modifica dell'art. 4, proveniente dai delegati australiano, in-

Note:

(34) "Article 4 deals with the delimitation [...] of the Convention's scope of application in respect of certain institutions to which resort must be had in order for a trust to spring into life and which give rise to legal operations which are distinct from the trust and preliminary to its inception [...] it is always necessary to have a launcher, for example a will, a gift or another act with legal effects, which then launches the rocket, the trust. The preliminary act with legal effects, the launcher, does not fall under the Convention's coverage" (così A. E. Von Overbeck, Explanatory Report *supra*, nota 18], p. 381).

(35) L'utilizzo dell'aggettivo "preliminari" appare infatti fuori luogo, ove si consideri che il negozio dispositivo ben può essere contestuale ovvero successivo al negozio istitutivo (v. M. Lupoi, Trusts *supra*, nota 4], p. 519 s. e p. 589; S. Bartoli, Il Trust *supra*, nota 4], p. 91). Non a caso, nel corso dei lavori preparatori taluni delegati (quello greco e quello statunitense: v. Hague Conference *supra*, nota 17], p. 238) ne proposero, sia pure senza successo, la soppressione. Quanto poi alle immagini della rampa di lancio e del razzo, è stato osservato (v. M. Lupoi, Trusts *supra*, nota 4], p. 518 s.) che esse rischiano soltanto di ingenerare confusione, ove si ometta di tenere presente che nella "rampa di lancio" (cioè nell'ambito della fase genetica del trust) dovrebbero a rigore includersi sia il negozio istitutivo che quello dispositivo (che sono negozi autonomi, pur se eventualmente inseriti in un unitario contesto documentale, come ad esempio nel trust testamentario) e di considerare che l'art. 4 intende invece riferirsi solo a quest'ultimo, poiché per il primo dispone (assoggettandolo alla signoria della legge regolatrice del trust quale individuata dalla Convenzione) il successivo art. 8.

(36) Trattasi del Working Document, n. 2.

(37) "Mr. Hayton (United Kingdom) declared that this Convention should not apply to the rocket launcher, the creation of trusts. It is the local law which applies to the rocket launcher. The idea [...] is generally reflected in article 2 [ora 4, n.d.a.], but this article is not wide enough in its operation. Most trusts are created by the transfer of assets from one person, the settlor, to another, the trustee, but the settlor can create a trust by declaring himself a trustee [...] Article 2 [ora 4, n.d.a.] will exclude the operation of the Convention in the first case, but not in the second. He pointed out that the proposal was intended to exclude the Convention in both cases. He said the proposal had been worded in such a way that it will fit in with article 4 [ora 2, n.d.a.]. Thus it should cause no extra problem in drafting. The sole intention of the proposal was to exclude all items dealing with the creation of a trust either by transference of assets or in cases where the settlor declares himself the trustee" (così Hague Conference *supra*, nota 17], p. 237). "Mr. Trautman (United States) [...] realized that there is no difference between "transfer" and "place under the control of", because conceptually there is a transfer when there is a declaration of trust. He would still argue for the wording "place under the control of": firstly, it reiterated the language used in article 4 [ora 2, n.d.a.], and secondly, it might be better understood by the civil law countries" (così Hague Conference *supra*, nota 17], p. 238).

(38) Ciò è tanto vero che essa ricevette il voto favorevole di 23 delegati (fra cui quello italiano, il Prof. A. Gambaro), a fronte di tre soli voti contrari e di un'unica astensione (ciò risulta da Hague Conference *supra*, nota 17], p. 239).

(39) "The Fifteenth Session, having accepted this proposal, returned however in the end to the terms used in article 2 [ora 4, n.d.a.] of the preliminary draft" (così A. E. Von Overbeck, Explanatory Report *supra*, nota 18], p. 382).

(40) "It was thought on the one hand that this expressed rather clearly the idea that article 4 also applied to the declaration of trust, and on the other hand it was not desired to take up here the allusion to control which appears in a different perspective in article 2, first paragraph" (così A. E. Von Overbeck, Explanatory Report *supra*, nota 18], p. 382). "La Commission avait adopté l'idée de remplacer le mot "transfert" par le mot "controle", ceci afin de couvrir la "declaration of trust". A la réflexion, le Comité de rédaction s'est rendu compte que ce terme n'exprimait pas mieux l'idée que le précédent. Il est même plus clair de parler de transfert" (così Hague Conference *supra*, nota 17], p. 320).

Saggi

glese, canadese, statunitense ed irlandese(41), prevedeva che alla parte finale di tale norma dovesse aggiungersi la frase “or set aside by a person to be held by himself as trustee”, sì da rendere ancor più inequivoco (anche – si badi – per i giuristi di *common law*) il riferimento ai trust auto-dichiarati(42).

La proposta, però, giunta in un momento in cui i lavori preparatori si trovavano ormai in una fase avanzata e vigorosamente osteggiata, in particolare, dal delegato francese(43), non venne accolta(44) in quanto ancora una volta si ritenne che il testo dell'art. 4 fosse già sufficientemente chiaro nella sua riferibilità anche ai trust auto-dichiarati.

Se dunque appare evidente come fosse diffuso intendimento dei delegati quello di rendere applicabile l'art. 4 anche ai trust auto-dichiarati, non si può certo dire, ad ogni modo, che detto intendimento sia stato reso trasparente dal testo definitivamente approvato di tale norma: di ciò viene dato atto, del resto, anche nel noto Explanatory Report della Convenzione redatto da A. E. Von Overbeck(45).

§ 3.3. La posizione della dottrina italiana prima dell'intervento della giurisprudenza.

Nel periodo compreso fra l'entrata in vigore della Convenzione e le prime pronunzie giurisprudenziali in tema di trust auto-dichiarato(46), la dottrina italiana si è pochissimo occupata del problema se la Convenzione si applicasse o meno ad un trust siffatto.

Secondo un autore(47), la soluzione dev'essere negativa per almeno due ragioni:

a) poiché il testo definitivo del primo paragrafo dell'art. 2 ha sostituito, alla nozione di “beni trasferiti a o trattenuti da” un trustee, quella di “controllo sui beni” da parte del trustee;

b) poiché tale testo definitivo, definendo il trust come “rapporto giuridico istituito da una persona, il disponente [...] qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di un trustee”, implica l'alterità soggettiva fra disponente e trustee(48).

Altri autori optano, invece, per la soluzione positiva, ma lo fanno solo implicitamente e/o senza motivare sul punto(49), ovvero fornendo argomentazioni di difficile condivisibilità, in quanto fondate su una visione (del tutto isolata) del trust come soggetto di diritto civilistico(50).

Risulta maggiormente consapevole e meglio argo-

Note:

(41) Trattasi del Working Document, n. 60.

(42) “Mr. Bennett (Australia) [...] and the other delegates joining this Working Document had found difficulty with the present formulation, which referred to “other acts by virtue of which assets are transferred to the trustee”. He noted that in civil law jurisdictions a settlor's declaration of trust might be considered a transfer, but queried whether the same result would be reached in all common law jurisdictions. The common law delegations sought to avoid this problem by the formulation contained in Working Document n° 60. Although a declaration of trust involved in some sense a transfer of equitable interest and a change in the manner in which this equitable interest was held, many common law lawyers would not understand a declaration of trust to be included within the term “transfer” of article 4. This point could be made clear in the Rapporteur's Report, but the delegations proposing Working Document n° 60 thought it better to make express reference in article 4” (così Hague Conference [*supra*, nota 17], p. 325).

(43) “Mr Beraudo (France) déclare que le problème dont il est question a été discuté pendant deux ans; il concerne la déclaration de trusts. Le Comité a considéré que les mots employés visaient le transfert juridique à soi-même en un autre qualité juridique. Cette qualification a été acceptée par les deux juristes de common law et les membres du Secrétariat. Il pense qu'il faut désormais suspendre les débats sur cette question” (così Hague Conference [*supra*, nota 17], p. 325).

(44) Più precisamente, essa ricevette 6 voti contrari, 11 astensioni (fra cui quella italiana) e 10 voti favorevoli, ma non venne accolta per difetto della maggioranza assoluta (che era di 14 voti) richiesta per la riapertura della discussione sul punto (cfr. Hague Conference [*supra*, nota 17], p. 325).

(45) In sede di commento dell'art. 4, infatti, tale autore così si esprime: “The words “assets are transferred to the trustee” are completely clear when the settlor and the trustee are distinct persons. In contrast, one may doubt whether they cover the case of the declaration of trust [...] The Commission unanimously accepted that the acts by which this change in the capacity in which the assets were held was effectuated must also be envisaged by article 4 and therefore excluded from the Convention's scope” (così A. E. Von Overbeck, Explanatory Report [*supra*, nota 18], p. 382).

(46) V. *supra*, nota 2.

(47) V.: V. Salvatore, *Il trust – Profili di diritto internazionale e comparato*, Padova, 1996, p. 61.

(48) Su queste modifiche della norma nel corso dei lavori preparatori si veda *supra*, § 3.1.

(49) È il caso di G. Gallizia, *Trattamento tributario dell'atto dispositivo in un trust di beni immobili*, in questa Rivista, 2001, 147, a pp. 148-149; N. Lipari, *Fiducia statica e trusts*, in I. Beneventi (cur.), *I trusts in Italia oggi*, Milano, 1996, 67, a p. 77. È anche il caso di G. Contaldi, *Il trust nel diritto internazionale* [*supra*, nota 15], p. 76 s., il quale, dopo aver ignorato il problema in sede di commento all'art. 2 della Convenzione, dà ad esso incidentalmente soluzione positiva quando passa al commento dell'art. 4: per l'autore infatti, mancando nel trust auto-dichiarato un atto dispositivo, da un lato va esclusa l'applicabilità ad esso dell'art. 4 (norma quest'ultima che, come si è visto *supra*, § 3.2, deferisce alle norme di conflitto del foro il compito di disciplinare – appunto – il negozio dispositivo) e dall'altro occorre ritenere che l'unica disciplina di riferimento per un siffatto trust sia quella della Convenzione.

(50) È il caso di A. De Donato – V. De Donato – M. D'Errico, *Trust convenzionale – Lineamenti di teoria e pratica*, Roma, 1999, pp. 191-193: ad avviso di tali autori, infatti, l'art. 2 sarebbe applicabile anche al trust auto-dichiarato in quanto, essendo il trust un soggetto di diritto, anche in tale ipotesi si verificherebbe un trasferimento – dal disponente, appunto, all'ente trust, di cui il disponente diverrebbe rappresentante organico – del bene.

mentata, invece, l'opinione positiva di chi(51) fa leva sull'ultimo paragrafo dell'art. 2, che consente al disponente di conservare "diritti e facoltà" relative al trust dopo la sua istituzione(52), per concludere che l'espressione fra virgolette comprende anche l'ipotesi in cui il disponente si auto-designa trustee(53).

Da segnalare infine l'autorevole opinione di chi(54), pur ammettendo che trattasi di tesi non priva di ombre, finisce per optare per la soluzione positiva facendo leva in particolare sull'andamento dei lavori preparatori, da cui si evince(55) che la menzione del "disponente" nel primo paragrafo dell'art. 2 fu introdotta solo per venire incontro ai delegati degli Stati di *civil law* (i quali aspiravano ad una formulazione chiara, al punto da risultare "scolastica", della norma descrittiva del trust), in quanto per i delegati degli Stati di *common law* era pacifica l'applicabilità della Convenzione ai trust auto-dichiarati.

§ 3.4. L'intervento della giurisprudenza italiana.

Come si è detto *supra*, § 1, a partire dalla fine del 2001 sono state emesse sette decisioni giudiziarie in tema di trust interni auto-dichiarati(56), sei delle quali si riferiscono al problema della loro trascrivibilità presso le Conservatorie dei Registri Immobiliari(57).

Quattro di tali decisioni hanno ordinato di effettuare detta trascrizione, due hanno dichiarato legittimo il rifiuto del Conservatore di procedervi, una infine ha omologato accordi di separazione prevedenti l'istituzione di un trust siffatto(58): appare pertanto evidente come la giurisprudenza allo stato prevalente abbia dato per scontato, a monte, che la Convenzione si applichi anche ai trust auto-dichiarati.

Risulta però curioso come nessuna delle cinque decisioni favorevoli a detti trust abbia mostrato di essere a conoscenza del fatto che la questione è in realtà (come si è visto e come si vedrà) tutt'altro che pacifica.

La decisione del Tribunale di Pisa del 27 dicembre 2001, infatti, si limita ad affermare, apoditticamente(59), che l'applicabilità della Convenzione ad un trust del genere è un fatto "di immediata percezione e pacifico, quindi da accennare soltanto", poiché nel caso di specie il disponente aveva scelto per il trust la legge regolatrice inglese ed "il trust, senza eccezione per questo tipo di trust, è previsto nell'ordinamento inglese esplicitamente invocato" da detto disponente.

Il Tribunale mostra così di accogliere l'argomento che era contenuto nel reclamo predisposto, avverso la trascrizione con riserva disposta dal Conservatore, dal notaio rogante(60).

Non pare però trattarsi di argomento convincente: se infatti è pacifico che la legge inglese, scelta dal disponente in quel caso, ammette il trust auto-dichiarato(61), ciò non aiuta certo a risolvere il problema che si pone a monte, cioè se il trust auto-dichiarato come tale (quale che sia, cioè, la legge regolatrice scelta dal disponente) rientri o meno nell'ambito applicativo della Convenzione(62).

Ancora minore appare lo sforzo ermeneutico del-

Note:

(51) V.: L. Fumagalli, *sub art. 4*, in A. Gambaro – A. Giardina – L. Ponzanelli (curr.), *Convenzione* [*supra*, nota 26], a p. 1239; A. De Donato – V. De Donato – M. D'Errico, *Trust convenzionale* [*supra*, nota 50], pp. 191-193.

(52) V. *supra*, § 3.1 in fine ed *ivi*, nota 24.

(53) Si è visto in precedenza, però, come l'argomento fondato sull'ultimo paragrafo dell'art. 2 non sia di sicura pertinenza: v. *supra*, § 3.1 in fine ed *ivi*, nota 25, nonché *infra*, nota 76.

(54) V.: M. Lupoi, *Trusts* [*supra*, nota 4], p. 503 s. (identica l'opinione espressa dall'autore anche nella prima edizione di tale opera: v. *Id.*, *Trusts*, Milano, 1997, p. 421). Nello stesso senso, S. Bartoli, *Il Trust* [*supra*, nota 4], p. 513 s.

(55) V.: *supra*, § 3.1 ed in particolare *ivi*, nota 17.

(56) V.: *supra*, nota 2.

(57) Trib. Milano, 23 febbraio 2005 [*supra*, nota 2] riguarda invece l'omologazione di una separazione consensuale prevedente l'istituzione di un trust auto-dichiarato da parte del marito, onde far fronte alle esigenze abitative della figlia minore.

(58) Le decisioni favorevoli alla trascrizione sono Trib. Pisa, 22 dicembre 2001 [*supra*, nota 2]; Trib. Milano, 8-29 ottobre 2002 [*supra*, nota 2]; Trib. Verona, 8 gennaio 2003 [*supra*, nota 2]; Trib. Parma, 21 ottobre 2003 [*supra*, nota 2]; quelle contrarie sono Trib. Napoli, 1° ottobre 2003 [*supra*, nota 2] e in sede di gravame App. Napoli, 27 maggio 2004 [*supra*, nota 2]; la decisione relativa alla separazione consensuale è Trib. Milano, 23 febbraio 2005 [*supra*, nota 2]. Si rinvia *supra*, nota 3, per l'esposizione delle ragioni per cui solo Trib. Napoli, 1° ottobre 2003 può ritenersi, altresì, precedente contrario al trust auto-dichiarato. Sul problema della trascrivibilità dei trust immobiliari (che tende ormai a ricevere soluzione positiva) v. in dottrina S. Bartoli, *Il Trust* [*supra*, nota 4], p. 579 s. e p. 796 s.; F. Steidl, *Trust auto-dichiarati* [*supra*, nota 2]; R. Dogliotti, *La pubblicità del trust nel settore immobiliare*, in M. Dogliotti – A. Braun (curr.), *Il trust nel diritto delle persone e della famiglia*, Milano, 2003, 47.

(59) R. Siclari, *Il trust interno* [*supra*, nota 2], a p. 744, parla al riguardo di "motivazione volutamente scarna e laconica".

(60) Trattasi, com'è noto, del Notaio Daniele Muritano di Empoli, che ringrazio di avermi fornito il reclamo in questione.

(61) V.: *supra*, nota 8.

(62) Così anche R. Siclari, *Il trust interno* [*supra*, nota 2], a p. 746.

S a g g i

le altre quattro decisioni favorevoli ai trust auto-dichiarati: in esse, infatti, non è dato reperire neppure un abbozzo di motivazione al riguardo.

Secondo il Tribunale di Milano, in data 8-29 ottobre 2002, infatti, “non è oggetto di valutazione la validità o meno del trust, ma unicamente il profilo strettamente formale della sua trascrivibilità”; il Tribunale di Verona dell’8 gennaio 2003 afferma incidentalmente che “la caratteristica precipua del trust [...] non è tanto il trasferimento [...] al trustee (manca nella concreta fattispecie, in cui la stessa persona è ad un tempo disponente e trustee) quanto la separazione (o segregazione) dei beni”; il Tribunale di Parma del 21 ottobre 2003 ed il Tribunale di Milano del 23 febbraio 2005, infine, non dedicano al trust auto-dichiarato neppure una parola (la circostanza appare comunque scusabile nella decisione milanese, vista la sua natura di decreto di omologa di accordi di separazione).

Si ha quindi l'impressione che la giurisprudenza in esame abbia sprecato un'importante occasione per munire di solide basi argomentative la tesi (peraltro condivisibile, come si vedrà *infra*, § 3.6) che include i trust in esame nell'ambito applicativo della Convenzione.

Tale impressione risulta, purtroppo, rafforzata dalla considerazione che il più organico tentativo di dare in sede giudiziaria una risposta appagante alla questione oggetto del presente scritto è stato, ad oggi, effettuato dall'unica decisione contraria ai trust auto-dichiarati (trattasi di Tribunale di Napoli, 1° ottobre 2003), secondo la quale, in estrema sintesi:

a) il trust cui fa riferimento l'art. 2 della Convenzione postula che disponente e trustee siano soggetti diversi(63);

b) il disegno di legge sui trust n. 6547 dell'11 novembre 1999(64) postula anch'esso l'alterità soggettiva di cui al punto a), giungendo al punto di riservare l'attività di trustee a società fiduciarie, banche, società di gestione del risparmio ed imprese di investimento abilitate ex Testo unico dell'intermediazione finanziaria (D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58);

c) la finalità familiare perseguita dal trust nel caso di specie(65) può essere attuata facendo ricorso all'istituto nostrano del fondo patrimoniale.

Appare comunque evidente che, se l'argomento *sub a)* sembra dotato di una sua plausibilità(66), diverse considerazioni meritano quelli *sub b)* e *sub c)*: quanto al primo, infatti, non si comprende quali spunti ermeneutici possa fornire (se non *de jure con-*

dendo) un disegno di legge (peraltro, a quanto consta, abbandonato da tempo); quanto al secondo, esso si attegga come una petizione di principio, la quale, fra l'altro, mostra di non tener conto delle notevoli differenze esistenti fra trust e fondo patrimoniale(67).

§ 3.5. La dottrina italiana successiva all'intervento della giurisprudenza.

Neppure l'emissione delle sette decisioni giudiziarie di cui si è detto *supra*, § 3.4 appare aver destato la dottrina italiana dal suo torpore relativamente alla problematica in oggetto: a parte casi del tutto isolati(68), infatti, gli autori che hanno avuto modo di commentare tali decisioni hanno speso ben poche parole su tale questione e si sono concentrati su quella (parimenti oggetto di tutte le dette decisioni, tranne quella del Trib. Milano, 23 febbraio 2005) della trascrivibilità dei trust(69).

Note:

(63) “La legge 364/1989 di ratifica [...] della Convenzione [...] prevede espressamente (articolo 2) come debbano sussistere quanto meno due soggetti [...]: da un lato il costituente e dall'altro il trustee, con un limitatissimo potere di ingerenza del primo” (così Trib. Napoli, 1° ottobre 2003 [*supra*, nota 2]).

(64) Proposta di legge presentata l'11 novembre 1999, in questa Rivista, 2000, 259.

(65) L'atto istitutivo affidava infatti al trustee, in particolare, il compito di erogare i redditi dal *trust fund* ai quattro figli della disponente per “coprire le spese per la frequenza a corsi di formazione, di frequenza scolastica, di frequenza universitaria e post-universitaria, di specializzazione, di educazione e formazione culturale, sportiva e ricreativa” (così riferisce la motivazione di Trib. Napoli, 1° ottobre 2003 [*supra*, nota 2], a p. 75). Com'è stato evidenziato (v. M. Lupoi, Osservazioni [*supra*, nota 2], a p. 364), essendo l'atto in questione notevolmente carente a livello sia di tecnica redazionale sia (soprattutto) di giustificazione causale, non si può escludere che anche tali circostanze abbiano indotto il decidente a valutare negativamente il negozio.

(66) Come si è visto *supra*, § 3.1.

(67) Sul tema v. M. Lupoi, Trusts [*supra*, nota 4], p. 624 s.; S. Bartoli, Il Trust [*supra*, nota 4], p. 314 s.; Id., La conversione del fondo patrimoniale in trust, in M. Dogliotti – A. Braun (curr.), Il trust nel diritto delle persone [*supra*, nota 58], 207; M. L. Cenni, Trust e fondo patrimoniale, in M. Dogliotti – A. Braun (curr.), Il trust nel diritto delle persone [*supra*, nota 58], 111.

(68) V. M. Lupoi, I trust nel diritto civile, in Trattato di diritto civile diretto da R. Sacco, I diritti reali, vol. II, Torino, 2004, p. 259; Id., Osservazioni [*supra*, nota 2]; R. Siclari, Il trust interno [*supra*, nota 2], a pp. 743-749; F. Di Ciommo, Ammissibilità del trust interno [*supra*, nota 2].

(69) Il discorso vale per tutti i contributi citati *supra*, nota 2, eccezion fatta per quello di F. Di Ciommo, quello di R. Siclari e quello di M. Lupoi

(Segue)

Solo due autori, a quanto consta, hanno tentato di supportare di idonee motivazioni la tesi dell'applicabilità della Convenzione ai trust auto-dichiarati.

Il primo autore(70), che già in precedenti contributi aveva aderito (sia pur non senza dubbi) alla tesi in questione(71), ha così argomentato:

a) poiché il trust auto-dichiarato corrisponde al nostro negozio fiduciario statico e quest'ultimo è ammesso dalla giurisprudenza(72), ne discende che detto tipo di trust (null'altro essendo che una fiducia statica prevista e regolata da una legge straniera) può trovare applicazione in Italia a prescindere da quella che debba ritenersi la portata applicativa della Convenzione;

b) poiché la nozione di trust contenuta nel primo paragrafo dell'art. 2 della Convenzione è assai ampia(73), in essa ben può farsi rientrare il tipo di trust in questione.

Preme osservare che, se l'affermazione *sub a*) pare non persuadere del tutto, in quanto trust statico e fiducia statica sono assimilabili ma non identificabili(74), quella *sub b*) risulta del tutto condivisibile.

Il secondo autore(75), dopo aver da un lato escluso che la soluzione favorevole al trust statico possa fondarsi sull'ultimo paragrafo dell'art. 2(76), dall'altro osservato che parrebbero a prima vista far propendere per la soluzione negativa sia il dettato del primo paragrafo dell'art. 2 (che parrebbe postulare l'alterità soggettiva fra disponente e trustee), sia l'andamento dei lavori preparatori, finisce comunque per optare per la soluzione positiva facendo essenzialmente leva sull'argomento secondo il quale la Convenzione concentrerebbe la sua attenzione non tanto sulle modalità istitutive di un trust, quanto sugli effetti giuridici del medesimo(77).

A dire dell'autore, ciò emergerebbe da varie norme della Convenzione, quali gli artt. 2, secondo paragrafo e 11 (che individuano gli effetti del trust), l'art. 4 (che, escludendo dall'ambito applicativo della Convenzione le questioni attinenti al conferimento in trust, mostrerebbe l'interesse di essa per la situazione successiva all'istituzione del trust stesso), l'art. 8 (che individua gli aspetti del rapporto giuridico avente fonte nel trust disciplinati dalla legge regolatrice di esso) e l'art. 20 (che, consentendo agli Stati aderenti di estendere la Convenzione anche a trust diversi da quelli espressamente istituiti, di cui all'art. 3, e come tali privi di un soggetto disponente, cioè ai *constructive* e *resulting trust*, mostrerebbe una volta di più l'interesse di essa per il rapporto giu-

ridico di trust piuttosto che per le sue modalità istitutive).

La tesi dell'autore in esame non appare però convincente, poiché se è indubitabile che, all'interno della Convenzione, vi siano numerose norme dedicate agli effetti giuridici del trust, non si può certo trascurare il fatto che essa contiene, altresì, una norma (appunto l'art. 2, primo paragrafo) che fornisce la nozione convenzionale di trust e che, letta in correlazione all'art. 3, pone a monte il preliminare problema ermeneutico dell'includibilità o meno, nell'ambito applicativo della Convenzione, dei trust espressamente istituiti nei quali disponente e trustee siano la stessa persona.

La particolare importanza dell'art. 2 si evince altresì dal fatto che, com'è stato osservato(78), esso è

.....
Note:

(Continua nota 69)

citato per secondo. Più precisamente, tali contributi o forniscano motivazioni a dir poco stringate in ordine all'ammissibilità del trust auto-dichiarato (v. D. Muritano, Trust auto-dichiarato [*supra*, nota 2], a p. 474: "Tale struttura di trust secondo taluno non era contemplata dalla Convenzione, anche se gli argomenti favorevoli alla sua ricompressione sono indubbiamente maggiori di quelli contrari"; P. Manes, Trust e art. 2740 c.c. [*supra*, nota 2], a p. 571: "Il caso esaminato dalla corte toscana riguarda un particolare atto istitutivo di trust, nel quale, come ben possibile, è lo stesso soggetto che unilateralmente si dichiara trustee di propri beni"; F. Steidl, Trust auto-dichiarati [*supra*, nota 2], a p. 376: "Un simile trust appartiene senza ombra di dubbio ad una delle tipologie conosciute dalla legge regolatrice, nella specie quella inglese [...]. Non vi è quindi questione sulla validità del trust secondo la legge regolatrice"), ovvero non spendono parola alcuna sull'argomento (v. M. Lupoi, nota a Trib. Pisa, 22 dicembre 2001 [*supra*, nota 2], a p. 192; L. Monti, Trust unilaterale [*supra*, nota 2], a p. 480 s.; M. L. Mingrone, La giurisprudenza italiana [*supra*, nota 2], a p. 381 s.).

(70) V.: M. Lupoi, I trust nel diritto civile [*supra*, nota 68], p. 259, Id., Osservazioni [*supra*, nota 2], a p. 366.

(71) Si veda *supra*, nota 54.

(72) Cfr. il *leading case* costituito da Cass., 21 novembre 1975, n. 3911, Giur. it., 1977, I, 1, 984 e, successivamente, Cass., 7 agosto 1982, n. 4438, Mass. Giur. it., 1982, 465; Cass., 18 ottobre 1988, n. 5663, Foro it., 1989, I, 101; Cass., 29 maggio 1993, n. 6024, Giur. comm., 1994, II, 5.

(73) Si ricorderà, infatti, che detta norma afferma l'esistenza di un trust allorché il trustee abbia il "controllo" sui beni, senza cioè esigere che vi sia necessariamente un trasferimento di beni a costui: v. *supra*, § 3.1.

(74) Sul punto si rinvia ai contributi citati *supra*, nota 4.

(75) V.: R. Siclari, Il trust interno [*supra*, nota 2], a pp. 743-749.

(76) V.: R. Siclari, Il trust interno [*supra*, nota 2], a p. 747. Sul tema del rapporto fra trust statico ed ultimo paragrafo dell'art. 2 della Convenzione, v. altresì *supra*, nota 25 e nota 53.

(77) V.: R. Siclari, Il trust interno [*supra*, nota 2], a p. 748.

(78) V.: R. Luzzatto, "Legge applicabile" e "riconoscimento" di trusts secondo la Convenzione dell'Aja, in questa Rivista, 2000, 7, a p. 11.

S a g g i

norma insolita rispetto agli schemi usuali adottati per le Convenzioni di diritto internazionale – con particolare riguardo a quelle de L'Aja – in quanto in esse viene di solito evitata qualunque definizione dell'istituto cui devono applicarsi.

Da segnalare, infine, il contributo di un terzo autore(79), per il quale il trust descritto nell'art. 2, primo paragrafo della Convenzione avrebbe “come causa precipua il trasferimento dei beni dal disponente al trustee, perché questi li gestisca godendo dell'effetto segregativo”, mentre il trust auto-dichiarato, in quanto “atto che prescinde completamente da ogni effetto traslativo” e “volto esclusivamente a realizzare un effetto segregativo”, sarebbe estraneo a tale previsione normativa poiché “la segregazione rappresenta una (seppure importante) caratteristica dell'operazione di trust convenzionale, ma non anche la sua funzione economico-sociale”.

Appare evidente, però, che una tesi siffatta finisce per atteggiarsi come una mera petizione di principio.

§ 3.6. La tesi proposta.

Dall'analisi che precede dovrebbe essere emerso con chiarezza che, pur essendovi fra i delegati in seno alla Conferenza de L'Aja un assai diffuso orientamento volto ad includere i trust auto-dichiarati nell'ambito applicativo della Convenzione, non si è addivenuti all'approvazione di un testo normativo (mi riferisco all'art. 2, primo paragrafo) formulato in modo da rispecchiare in modo inequivoco detto orientamento(80).

Sembra possibile escludere, però, che ciò sia accaduto perché ha finito per prevalere, in sede di lavori preparatori, un orientamento contrario all'inclusione di siffatti trust nell'ambito convenzionale.

Riterrei pertanto corretta(81) la tesi che include tali trust nella Convenzione, alla luce delle seguenti argomentazioni:

a) l'art. 2, primo paragrafo, là dove parla di un “disponente” e di un “trustee”, non postula affatto che costoro debbano essere soggetti distinti, ma si limita ad affermare che, per aversi un trust ai sensi della Convenzione, occorre una fattispecie in cui qualcuno svolge il ruolo di disponente e qualcuno (non necessariamente qualcun altro) svolge il ruolo di trustee(82).

b) l'art. 2, primo paragrafo, che nel testo definitivo parla di “controllo” sui beni da parte del trustee

(invece che di beni “trasferiti a o trattenuti da” un trustee, come accadeva in una precedente versione di tale norma), introduce una nozione convenzionale di trust più ampia di quella propria del modello tradizionale anglosassone, al punto che la tesi prevalente include nella stessa anche le cosiddette “trust-like institutions”(83).

Ne discende che, *a fortiori*, in detta lata nozione di “controllo” non può non rientrare anche il trust auto-dichiarato, che è tipologia di trust rientrante in detto modello tradizionale(84).

Riterrei, altresì, che siano invece prive di attinenza con il tema in questione due ulteriori norme della Convenzione, cioè l'art. 2, ultimo paragrafo e l'art. 4.

Quanto alla prima norma, infatti, essa si limita ad affermare che non può escludersi la validità di un trust in cui il trustee sia altresì beneficiario ovvero in cui il disponente si riservi, nell'atto istitutivo, una serie di “rights and powers”, e tanto la prima quanto la seconda situazione nulla hanno a che fare con quella in cui il disponente sia, altresì, trustee(85).

Quanto alla seconda norma, si è visto(86) che essa mira semplicemente ad escludere dall'ambito applicativo della Convenzione (per sottoporlo alle regole di conflitto del foro) il solo negozio dispositivo, e non anche l'atto istitutivo di un trust (al quale invece, naturalmente, la Convenzione si applica, ex art. 2, primo paragrafo).

Note:

(79) Trattasi di F. Di Ciommo, Ammissibilità del trust interno [*supra*, nota 2].

(80) Sottolinea l'inadeguata formulazione della norma in questione rispetto agli intendimenti dei redattori anche una delle più autorevoli monografie straniere sui trust di diritto inglese: A. Underhill – D. J. Hayton, *Law Relating to Trusts and Trustees* [*supra*, nota 5], p. 1015 (“Where a settlor declares himself as trustee [...] it is doubtful whether it can be said that “assets have been placed under the control of a trustee” within the meaning of article 2. This might suggest that declarations of trust are excluded from the Convention. However, there seems to be no reason why a declaration by the settlor of himself as trustee should be excluded”).

(81) Supero in tal modo le perplessità a suo tempo espresse in S. Bartoli, *Il Trust* [*supra*, nota 4], pp. 513-514.

(82) Per questo argomento v., in particolare, *supra*, § 3.1, nota 17 e *supra*, § 3.3, note 54 e 55.

(83) Sul punto, v. *supra*, § 3.1, nota 22.

(84) Per questo argomento, v. in particolare *supra*, § 3.5, nota 73.

(85) Per questo argomento, v. in particolare *supra*, § 3.1, note da 23 a 25 e *supra*, § 3.5, nota 76.

(86) V.: *supra*, § 3.2.

Si è visto altresì(87) che, pur essendovi fra i delegati in seno alla Conferenza de L'Aja un assai diffuso orientamento volto ad includere nella previsione dell'art. 4 anche il negozio dispositivo proprio dei trust auto-dichiarati, anche in questo caso non si è addivenuti all'approvazione di un testo normativo inequivoco in tal senso: la lettera dell'art. 4, infatti, fa espresso riferimento al solo negozio dispositivo implicante "trasferimento" di beni al trustee.

Come nel caso dell'art. 2, primo paragrafo, però, sembra possibile escludere che ciò sia accaduto perché ha finito per prevalere, in sede di lavori preparatori, un orientamento contrario all'inclusione nell'art. 4 del negozio dispositivo di siffatti trust.

L'ambiguità dell'art. 4, però, in questo caso nuoce all'interprete assai meno di quanto accade per quella dell'art. 2, primo paragrafo: ciò in quanto, quale che sia la lettura dell'art. 4 che, con riferimento al trust auto-dichiarato, si intenda dare, pare indubitabile che detta norma non abbia alcuna attinenza con il tema oggetto di questo scritto.

Se, infatti, si opta per la tesi secondo la quale anche nel trust auto-dichiarato vi è un negozio *lato sensu* dispositivo (come parrebbe preferibile, considerato che il disponente-trustee, pur non trasferendo i suoi beni, crea un vincolo su di essi(88)), ne discende l'applicabilità dell'art. 4 (a dispetto del suo tenore letterale) a quest'ultimo negozio: ciò significa – si badi – che, ferma la riconoscibilità di detto trust auto-dichiarato in base all'art. 2 primo paragrafo, il suo negozio dispositivo sarà soggetto alle regole di conflitto del foro.

In tale ottica, quindi, se ad esempio Tizio auto-dichiara un trust interno immobiliare, i profili di validità formale e sostanziale dell'atto dispositivo (che è fonte, pur in assenza di un trasferimento, del vincolo di destinazione) sono estranei all'ambito applicativo della Convenzione in quanto, ex art. 4, sono regolati dalle norme italiane: ciò significa che il disponente dev'essere capace secondo la legge italiana e che occorre un atto scritto *ad substantiam* (e non semplicemente una prova scritta dell'istituzione del trust, come prevede la legge inglese e come consentirebbe, in assenza di una norma come il nostro art. 1350 cod. civ., anche l'art. 3 della Convenzione(89)).

Se invece si opta per la tesi restrittiva secondo la quale, mancando nel trust auto-dichiarato un

negozio dispositivo implicante un trasferimento, l'art. 4 non è applicabile ad un trust siffatto(90), resta comunque ferma l'applicabilità al medesimo della Convenzione in base all'art. 2, primo paragrafo.

Note:

(87) V.: *supra*, § 3.2.

(88) Su questa linea ermeneutica, v. *supra*, note da 36 a 44, nonché A. Underhill – D. J. Hayton, *Law Relating to Trusts and Trustees* [*supra*, nota 5], p. 1026 ("Where the settlor declares himself trustee of property, matters are less certain. Although there will be no transfer of legal title, there will still be the passing of a right from the would-be settlor, namely the right to the beneficial interest in the property").

(89) V.: *supra*, nota 8.

(90) Per questo minoritario orientamento v., ad esempio, J. Mowbray – L. Tucker – N. Le Poidevin – E. Simpson, *Lewin on Trusts*, Londra, 2000, p. 288 ("As there is no transfer of legal title, there is no preliminary issue to be decided about any transfer"); G. Contaldi, *Il trust nel diritto internazionale* [*supra*, nota 15], p. 76 s. Sull'opinione di quest'ultimo autore, v. altresì *supra*, nota 49.

Saggi

Onorabilità e professionalità di amministratori e trustee: il caso di Guernsey

di Paolo Panico

SOMMARIO: § 1. Premessa: i servizi fiduciari nel Bailiwick of Guernsey. – § 1.1. L'ordinamento costituzionale di Guernsey. – § 1.2. La regolamentazione dei servizi fiduciari a Guernsey. – § 2. Il caso *Castle Company Management (LLC)*: giudizio di merito. – § 2.1. *Integrity* degli operatori fiduciari. – § 2.2. Requisiti di professionalità per le attività fiduciarie. – § 2.3. Obbligazioni legali degli amministratori e *nominee director*. – § 2.4. Principi di corretta e prudente gestione. – § 3. Il caso *Castle Company Management (LLC)*: giudizio di legittimità. – § 4. Considerazioni conclusive.

§ 1. Premessa: i servizi fiduciari nel Bailiwick of Guernsey.

Con una decisione del 22 luglio 2003, la seconda dalla sua istituzione, il Guernsey Financial Services Tribunal (che qui di seguito chiameremo anche "il Tribunal") ha raccomandato alla Guernsey Financial Services Commission (che qui di seguito indicheremo anche come "la Commissione") di non concedere la licenza per l'esercizio di attività fiduciarie alla società *Castle Company Management (LLC)*, attiva sull'isola di Sark.

Poiché la decisione, nonché la conseguente mancata concessione della licenza, sono state oggetto di due successivi ricorsi nelle giurisdizioni di Sark e di Guernsey, è opportuno premettere alla descrizione del caso alcune note introduttive sull'ordinamento di Guernsey e sulla locale regolamentazione dei servizi fiduciari.

§ 1.1. L'ordinamento costituzionale di Guernsey.

Il Bailiwick (o balivato) di Guernsey, così come quello di Jersey, non fa parte del Regno Unito e dunque nemmeno dell'Unione Europea. Le Isole del Canale (Channel Islands), in quanto parte del ducato di Normandia, furono accorpate alla corona inglese in seguito alla battaglia di Hastings del 1066. Sebbene la Normandia continentale fosse stata conquistata

dalla Francia nel 1204, le isole rimasero fedeli al re d'Inghilterra, che mantenne comunque il titolo di duca di Normandia fino al 1259. In particolare, nel 1254 il re Enrico III dispose delle isole a favore del suo primogenito, il futuro re Edoardo I, in modo tale che esse rimanessero per sempre una proprietà personale della corona inglese⁽¹⁾.

I due Bailiwicks non sono rappresentati nel Parlamento inglese ma sono dotati di autorità legislative, esecutive e giudiziarie autonome. Il governo inglese è tuttavia responsabile per la difesa e le relazioni internazionali delle isole.

Il Bailiwick of Guernsey comprende le tre isole di Guernsey, Alderney e Sark, ciascuna delle quali ha propri organi di governo e di amministrazione della giustizia. In particolare, l'assemblea legislativa dell'isola di Guernsey, che attraverso un'articolazione in comitati (Committees) ne è anche l'esecutivo, sono gli States of Deliberation, originariamente modellati secondo gli stati generali francesi (e per l'appunto denominati "Les Etats"). L'isola di Alderney ha a sua volta i propri States con analoghe funzioni, mentre l'isola di Sark è governata dal Seigneur e dispone di un'assemblea legislativa, o Chief Pleas, che può esercitare il diritto di veto sulle ordinanze del Seigneur ed è composta dai locali proprietari terrieri.

Per quanto riguarda l'amministrazione della giustizia, il primo grado di giudizio compete alla Royal Court di Guernsey, presieduta dal Bailiff od in sua assenza dal Deputy Bailiff e composta da dodici Jurats. Le due isole minori dispongono a loro volta di una giurisdizione di primo grado con competenza limitata ad alcune materie. Si tratta, rispettivamente, della

Note:

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

(1) "[I]n such a manner that the said lands [...] may never be separated from the Crown and that no one, by reason of this grant made to the said Edward may have any claim to the said lands [...] but that they should remain to the kings of England in their entirety forever", L. C. Morgan, *The Constitution of Guernsey, The Financial Services Handbook and Directory of the Channel Islands*, 9th ed., Jersey, 2001, p. 21.

Court of Alderney e della Court of the Seneschal a Sark. Il Seneschal è nominato dal Seigneur di Sark previa approvazione del Lieutenant-Governor che rappresenta la corona nell'intero Bailiwick di Guernsey. Il Seneschal, assistito in posizione vicaria da un Deputy Seneschal, è il presidente dell'assemblea legislativa (Chief Pleas) e del tribunale di Sark (Court of the Seneschal). Un ricorso in appello può essere presentato alla Court of Appeal di Guernsey, in cui siedono i due Bailiffs di Guernsey e di Jersey e legali inglesi qualificati come Queen's Counsel (QC). L'ultimo grado di giudizio, come è il caso per i Paesi del Commonwealth, è il Privy Council.

§ 1.2. La regolamentazione dei servizi fiduciari a Guernsey.

L'esercizio dell'attività professionale di trustee e la domiciliazione ed amministrazione fiduciaria di società sono state assoggettate a regolamentazione ed alla vigilanza prudenziale della Guernsey Financial Services Commission – che ha autorità sul settore finanziario, bancario ed assicurativo – ai sensi della Regulation of Fiduciaries, Administration Businesses and Company Directors, etc. (Bailiwick of Guernsey) Law, 2000, nota anche come "Fiduciary Law" (che qui di seguito indicheremo anche come "legge sui servizi fiduciari"). La legge sui servizi fiduciari, entrata in vigore il 1° aprile 2001, subordina l'esercizio di attività fiduciarie nel Bailiwick di Guernsey al preventivo ottenimento di una licenza da parte della Guernsey Financial Services Commission. La licenza può essere personale (*personal*) per le persone fisiche o piena (*full*) per le società.

Tutti gli operatori già attivi nel settore dei servizi fiduciari all'entrata in vigore della Fiduciary Law avevano tempo fino al 31 maggio 2001 per presentare la relativa domanda. Per le persone o le società residenti nelle isole di Alderney e Sark che avessero presentato domanda per una licenza fiduciaria, la Guernsey Financial Services Commission era tenuta a consultare i locali organi esecutivi prima di procedere alla relativa istruttoria. In ogni caso, tutti gli operatori attivi nel campo dei servizi fiduciari erano autorizzati a proseguire la loro attività professionale fino all'esito definitivo della loro domanda ed in caso di rifiuto della licenza avrebbero beneficiato di un ulteriore periodo di grazia, non inferiore a 28 giorni, per organizzare la dismissione dell'attività.

Proprio per i casi di rifiuto, la Commissione ha

istituito una giuria indipendente, in sede di volontaria giurisdizione, denominata Guernsey Financial Services Tribunal, il cui compito sarebbe stato di valutare in modo imparziale ed indipendente l'istruttoria effettuata dalla Commissione ed esprimere raccomandazioni circa la concessione o meno di una licenza fiduciaria. L'attività del Tribunal, che segue procedure analoghe a quelle di un procedimento giudiziario, non appartiene peraltro all'ambito dell'amministrazione della giustizia, ma si colloca invece nell'esercizio della funzione di vigilanza prudenziale da parte della Commissione. Coerentemente il giudizio del Tribunal è puramente di merito e si fonda sulle circostanze di fatto acclamate nel corso dell'istruttoria della Commissione ed eventualmente avvalorate o contestate dalla parte ricorrente. In definitiva, qualora la Commissione non ravvisi gli elementi per la concessione di una licenza fiduciaria, lo comunica agli interessati, i quali possono decidere se adire o meno il Tribunal. Quest'ultimo, se interpellato, esprime un giudizio di merito non vincolante per la Commissione, la quale a sua volta delibera definitivamente circa la concessione od il rifiuto della licenza.

Indipendentemente da questa procedura, ai sensi della sezione 19 della legge sui servizi fiduciari è ammesso il ricorso in giudizio in caso di decisione negativa da parte della Commissione. Il ricorso è peraltro consentito solo per motivi di legittimità e non di merito. A questo proposito gli operatori delle isole di Alderney e Sark hanno di fatto un'opportunità in più rispetto ai loro colleghi dell'isola di Guernsey. Essi possono infatti ricorrere in prima istanza presso le locali Court of Alderney o, rispettivamente, Court of the Seneschal, le cui decisioni sono poi suscettibili di un ricorso in appello presso la Royal Court of Guernsey. Restano a loro volta esperibili i due successivi gradi di giudizio dinanzi alla Guernsey Court of Appeal ed eventualmente al Privy Council.

Tre casi sono stati sinora sottoposti al Tribunal. Il primo, dibattuto in un'udienza del 2 aprile 2003, si riferiva ad una licenza personale per una persona fisica che esercitava fiduciarmente l'attività di amministratore di società. Il rifiuto da parte della Commissione, in conformità con la decisione del Tribunal, non è stato seguito da alcun ricorso all'autorità giudiziaria(2).

Nota:

(2) La decisione del Tribunal, *De Garis v Guernsey Financial Services Commission*, può leggersi in questa Rivista, 2005, 251.

S a g g i

Il secondo caso, su cui si concentra il presente articolo, si riferisce invece alla licenza piena richiesta da una società attiva sull'isola di Sark. Alla decisione del Tribunal, pubblicata il 22 luglio 2003 e seguita dal rifiuto della licenza da parte della Commissione, hanno fatto seguito un'istanza presso la Court of the Seneschal, che si è espressa con sentenza del 10 febbraio 2004, ed un successivo appello presso la Royal Court of Guernsey, che ha pronunciato la sua sentenza il 27 agosto 2004. In entrambi i casi i presupposti per il rifiuto della licenza sono stati confermati⁽³⁾.

§ 2. Il caso *Castle Company Management (LLC)*: giudizio di merito.

Castle Company Management era una società dello stato americano del Wyoming organizzata come Limited Liability Company ("LLC"). Tali entità non sono obbligate alla tenuta di scritture contabili ed alla conseguente presentazione di un bilancio di esercizio annuale, requisiti imposti invece dalla legge sui servizi fiduciari per tutti gli operatori soggetti a vigilanza nel Bailiwick di Guernsey. La società operava con il marchio commerciale di "Sark Offshore Consultancy" in un ufficio sull'isola di Sark ed in un altro nel Regno Unito. L'attività era diretta da due amministratori, Michael Doyle e sua moglie Belinda Lanyon. L'organico della società consisteva di un dipendente a tempo pieno, con il ruolo tra l'altro di Compliance Officer, e cinque dipendenti *part-time*, tutti nell'isola di Sark. Nel corso delle visite ispettive effettuate dalla Commissione e delle udienze dinanzi al Tribunal, non sono emersi elementi relativi all'operatività dell'ufficio del Regno Unito. La società agiva in qualità di trustee per due trust ed offriva soprattutto servizi di domiciliazione ed amministrazione fiduciaria di società, con un totale di 2.042 società al 31 marzo 2001, ridottesi a 1.113 nel giugno 2002 in seguito ad un aumento delle tariffe.

Castle Company Management (LLC) presentò domanda per una licenza fiduciaria piena il 28 marzo 2001, qualche giorno prima dell'entrata in vigore della legge sui servizi fiduciari. L'istruttoria da parte della Commissione fu condotta sulla base della documentazione reperita nel corso di due visite ispettive, una il 14 novembre 2001 e l'altra il 27 marzo 2002, e di un'udienza a cui la società fu convocata il 15 agosto 2002. Con una lettera del 9 ottobre 2002 la Commissione notificò quindi alla società la sua intenzione di non concedere la licenza richiesta, facendole

tuttavia presente la possibilità di sottoporre il caso al Guernsey Financial Services Tribunal entro il successivo 7 novembre. Il ricorso al Tribunal fu effettivamente presentato da Castle Company Management (LLC) a mezzo di due comunicazioni, la prima del 31 dicembre 2002 e la seconda del 9 marzo 2003, ma fu comunque accolto. Dopo quattro giorni di udienza il 24, 25 e 26 giugno ed il 16 luglio 2003, il Tribunal espresse il suo parere in una decisione del 22 luglio 2003, a cui fece seguito la lettera di rifiuto formale della Commissione in data 6 agosto 2003.

Il Tribunal, presieduto dal legale inglese Michael Blair QC, che vantava al suo attivo un'esperienza pluriennale presso le autorità di vigilanza del Regno Unito, ha considerato il caso *Castle Company Management (LLC)* sulla base dei connotati di onorabilità e professionalità della società – ed in particolare del suo legale rappresentante Michael Doyle – alla luce dei requisiti imposti dalla legge sui servizi fiduciari. Le argomentazioni del Tribunal, nella loro articolazione e concatenazione logica, offrono un'interessante prospettiva interpretativa delle sezioni rilevanti della legge sui servizi fiduciari. Il primo punto di vista è quello dell'onorabilità, ovvero dell'onestà ed integrità morale (*integrity*), seguito da quello dei requisiti di professionalità, variamente ed ampiamente declinati secondo le nozioni di competenza, prudenza, conoscenza professionale, condotta e tenuta dei registri contabili. Le due categorie di onorabilità e professionalità ai fini dell'esercizio di un'attività fiduciaria sono discusse rispettivamente nei due paragrafi che seguono.

§ 2.1. *Integrity* degli operatori fiduciari.

L'allegato 1 (o *Schedule 1*) alla legge sui servizi fiduciari stabilisce i requisiti minimi per la concessione di una licenza. Il suo primo articolo è dedicato all'onorabilità e professionalità, definite come prudenza, competenza professionale ed onestà ("prudence, professional skill and integrity"), che devono essere adeguate alla natura ed alla dimensione dell'attività e tali da non dar luogo ad un rischio di perdita di reputazione da parte del Bailiwick di Guernsey come centro finanziario internazionale.

.....
Nota:

(3) Le sentenze possono leggersi *infra*, rispettivamente a p. 424, a p. 422 e a p. 420.

La prima categoria affrontata dal Tribunal è quella dell'onestà, riguardo alla quale la situazione di Castle Company Management (LLC), in particolare nella persona del signor Doyle, non si dimostra soddisfacente. Sulla base di due episodi ben precisi e documentati, il signor Doyle si rivela infatti "disposto a mentire se messo sotto pressione", un tratto caratteriale ripugnante alla cultura anglo-sassone in generale e senz'altro incompatibile con gli elevati requisiti di moralità che ci si aspetta da un operatore professionale del settore fiduciario.

Il primo dei due episodi si riferisce all'istituzione di un trust con l'utilizzo di falsi beneficiari (*dummy beneficiaries*) e di un falso disponente. Interrogato su questa costruzione, il signor Doyle aveva spiegato alla Commissione che si trattava di un'ipotesi avanzata dal cliente a cui non era mai stato dato seguito. In realtà l'atto istitutivo del trust in questione, regolarmente sottoscritto ed archiviato in società, identificava i due amministratori di Castle Company Management (LLC) quali trustee e la stessa società quale unico beneficiario. Una lettera di desideri smentiva peraltro la situazione ed indicava quali "veri" beneficiari alcuni membri della famiglia del disponente. Per di più una comunicazione *e-mail* tra il cliente ed il signor Doyle evidenziava come proprio quest'ultimo avesse suggerito tale possibilità "per ragioni di riservatezza".

Il secondo episodio fa invece riferimento all'identità dei beneficiari economici di una società. Richiesto da un organo di vigilanza straniero di confermare chi fossero i beneficiari economici di una società amministrata da Castle Company Management (LLC), il signor Doyle rispose per iscritto indicando i nomi di due persone fisiche. Qualche tempo dopo, apparentemente in seguito alle pressioni degli stessi clienti, il signor Doyle inviò una seconda comunicazione all'organo di vigilanza straniero, affermando di non aver mai inviato comunicazioni scritte prima di allora. Tale comunicazione, apparentemente redatta dal consulente legale dei clienti, intendeva suggerire che la lettera precedente – con l'indicazione dei beneficiari economici della società – fosse stata in realtà falsificata. La firma del signor Doyle vi appariva peraltro riprodotta per via informatica e non apposta di pugno. La stessa Guernsey Financial Services Commission fu quindi interessata dell'accaduto dall'organo di vigilanza straniero, che le chiese di confermare quale delle due comunicazioni fosse autentica. Interrogato al telefono da un funzionario della Commis-

sione, il signor Doyle confermò la versione della seconda lettera. In occasione dell'udienza finalizzata alla concessione della licenza fiduciaria, il signor Doyle finì invece per confessare che la seconda lettera era stata scritta dietro le richieste intimidatorie dei clienti.

Se la condotta tenuta dal signor Doyle in quel frangente appariva senz'altro censurabile agli occhi della Commissione, lo era ancor più il fatto di aver deliberatamente mentito ad un esponente della Commissione durante una conversazione telefonica registrata e trascritta.

Un ulteriore aspetto di questa vicenda merita qui una breve precisazione. Uno dei principali fattori di successo di tutti i centri finanziari internazionali è la riservatezza, spesso formalizzata in un rigido segreto bancario o professionale, come è il caso – per citare gli esempi più noti – di Svizzera e Lussemburgo. Un analogo obbligo di riservatezza vige in capo agli operatori fiduciari autorizzati di Guernsey. L'articolo 43 della legge sui servizi fiduciari proibisce, infatti, la divulgazione di informazioni in assenza del preventivo consenso della persona che le ha fornite. L'articolo 44 della stessa legge prevede tuttavia alcune eccezioni, tra le quali è contemplato il caso di un organo di vigilanza straniero nell'esercizio delle sue funzioni istituzionali (articolo 44 (f)). Analoga disposizione (articolo 44 (b)) ammette per la stessa ragione la comunicazione di informazioni alla Guernsey Financial Services Commission. Naturalmente la domanda rivolta al signor Doyle si inseriva in un contesto di volontaria collaborazione. È specioso che egli, anziché trincerarsi dietro una barriera di segreto professionale – che in certa misura sarebbe stata sostenibile – abbia dapprima rivelato senza difficoltà l'identità dei suoi clienti per poi procedere alla goffa smentita di cui sopra.

§ 2.2. Requisiti di professionalità per le attività fiduciarie.

Il seguito delle motivazioni del Tribunal per il diniego di una licenza a Castle Company Management (LLC) fa riferimento in modo articolato e coerente ai requisiti di professionalità.

In primo luogo, viene proposta una lettura combinata dei requisiti elencati all'articolo 1 ed all'articolo 3(2)(a) dell'allegato 1 alla legge sui servizi fiduciari, la cui interpretazione congiunta conduce all'individuazione di categorie distinte: da un lato

Saggi

la competenza e l'esperienza (*competence, experience, professional skill*) e dall'altro la prudenza e la solidità di giudizio (*soundness of judgement, prudence*). La verifica della presenza di entrambe le categorie di requisiti costituisce il cosiddetto *fit and proper test* ai sensi dell'articolo 3(1) dell'allegato 1 alla legge sui servizi fiduciari, con l'obiettivo di comprovare se il candidato ad una licenza fiduciaria – o ciascuno dei suoi esponenti aziendali in caso di una società – sia idoneo ad esercitare professionalmente l'attività.

Sulla base dei riscontri effettuati dalla Commissione e passati in rassegna dal Tribunal, la situazione di Castle Company Management (LLC) lasciava a desiderare sotto entrambi i profili.

Per quanto riguarda la competenza e l'esperienza professionale, nessuno dei cinque dipendenti *part-time* appariva aver avuto una precedente formazione di qualche rilievo nel settore dell'amministrazione di società. Lo stesso valeva per uno dei due amministratori, la signora Lanyon, che avrebbe tuttavia appreso il mestiere grazie agli insegnamenti del padre, a sua volta già impegnato nel settore fiduciario. Allo stesso tempo, la documentazione archiviata per ciascuna società è apparsa alla Commissione insufficiente e lontana dai livelli qualitativi attualmente seguiti dai fiduciari professionisti del Bailiwick.

Riguardo alla prudenza ed alla solidità di giudizio, il Tribunal ha due specifici elementi a discredito di Castle Company Management (LLC). Da un lato, la decisione della società di non avvalersi di assistenza legale dinanzi al Tribunal appare come una leggerezza sorprendente alla luce dell'importanza della posta in gioco⁽⁴⁾. D'altra parte, un caso concreto mette in serio dubbio la prudenza – quando non nuovamente l'onestà – della società nella conduzione dei suoi affari. Per un certo periodo del 1998, il sito *web* di Castle Company Management (LLC) avrebbe offerto la possibilità di sottoscrivere “depositi bancari al portatore slovacchi”, presentati come strumenti analoghi ai libretti al portatore all'epoca in uso in Austria ma più flessibili in quanto disponibili in diverse divise. Già in quello stesso anno, ben prima dell'entrata in vigore della vigilanza prudenziale sui servizi fiduciari, la Commissione aveva intimato alla società di rimuovere tale offerta dal sito ed aveva poi constatato che essa vi aveva provveduto con qualche mese di ritardo rispetto alle scadenze promesse. In occasione del colloquio con la Commissione in vista dell'otte-

nimento della licenza, il signor Doyle era tornato sull'accaduto spiegando di aver consentito ad un cliente di promuovere i suoi servizi sul sito di Castle Company Management (LLC). Più precisamente, il cliente avrebbe fornito indicazioni fuorvianti circa la natura dei servizi promossi ed avrebbe inviato un *file* già pronto affinché gli ingegneri informatici della società lo caricassero tale e quale. Ora, se tale versione dei fatti fosse veritiera, giustificerebbe senz'altro la perplessità, tanto della Commissione quanto del Tribunal, circa la capacità di giudizio di un imprenditore che permetta ad un cliente di promuovere i propri servizi sul suo sito Internet senza curarsi di verificare accuratamente i contenuti di tale offerta promozionale.

§ 2.3. Obbligazioni legali degli amministratori e *nominee director*.

Esaurita l'analisi dei requisiti soggettivi di professionalità, il Tribunal prosegue la sua valutazione secondo un parametro oggettivo: la comprensione e la conoscenza da parte del candidato delle obbligazioni professionali e legali pertinenti alla sua attività. Tale verifica appare tra i requisiti di base per l'esercizio dell'attività fiduciaria a Guernsey ai sensi dell'articolo 3(2)(e) dell'allegato 1 alla legge sui servizi fiduciari ed è corroborata dalle disposizioni del codice di condotta (*Code of Practice*) per gli amministratori di società emanato dalla Commissione con efficacia a partire dal 1° aprile 2001, ossia allo stesso tempo della legge sui servizi fiduciari. In particolare, l'articolo 1 del codice di condotta stabilisce che gli amministratori devono comprendere le loro obbligazioni legali e statutarie ed attenervisi, richiedendo un parere d'esperto ogniquale volta sia necessario⁽⁵⁾. A questo proposito una nota interpretativa indica a chiare lettere che l'attività di *nominee director*, intesa come la mera esecuzione di disposizioni impartite da un preponente terzo, è incompatibile con le obbligazioni di un amministratore nei confronti della sua società, in

Note:

(4) A ben vedere, la Royal Court di Guernsey menziona espressamente questo particolare nelle motivazioni della sua sentenza, negando sostanzialmente rilevanza al fatto che il signor Doyle abbia deciso di sostenere personalmente le ragioni della sua società nei diversi gradi di giudizio.

(5) “Understand and act in accordance with their legal duties and the constitution of the company and seek advice on those when necessary”.

quanto tali disposizioni potrebbero non essere nell'interesse della società(6).

Per quanto riguarda il signor Doyle, la sua presenza in 291 consigli di amministrazione e la sua diretta supervisione sull'attività dei cinque dipendenti *part-time*, ciascuno dei quali era a sua volta amministratore di un centinaio di società, lasciava dubitare sulla sua effettiva possibilità di esercitare in modo consapevole e professionale una funzione credibile di governo societario. Sebbene la maggior parte delle società in questione non svolgesse attività commerciale e si limitasse a detenere degli attivi, il numero di mandati di amministratore e l'evidenza disponibile nei *dossier* faceva sì che il servizio reso da Castle Company Management (LLC) apparisse chiaramente alla Commissione come *nominee directorship*.

In secondo luogo, la società del signor Doyle era dedita ad una pratica particolarmente invisibile alla Commissione, che proprio su tale base aveva negato la licenza fiduciaria ad un professionista di Guernsey nel caso precedentemente portato all'attenzione del Tribunal(7). Si tratta della concessione di una procura generale al cliente e beneficiario economico della società, che gli conferisce in particolare la piena abilitazione ad operare sui conti bancari aperti a nome della società. Beninteso, questa prassi è assai frequente sulle piazze *off-shore*, con la piena soddisfazione dei clienti riluttanti ad affidare i propri averi ad amministratori sconosciuti e residenti in giurisdizioni lontane. A mezzo di una procura generale, tali clienti possono rientrare nel pieno possesso degli averi apportati in una società *off-shore* ed intrattenere direttamente i rapporti con le banche. Questa costruzione, che in certi casi rischia di rivelarsi inefficace o dannosa per gli stessi clienti, è senza dubbio censurabile dal punto di vista della *corporate governance* nonché della lotta al riciclaggio di denaro. Così facendo gli amministratori – che in questa circostanza non possono che chiamarsi *nominee* – si privano infatti di qualunque capacità di controllo sulle attività svolte dalla società ed in particolare sui flussi finanziari che la interessano.

Proprio in ordine alla normativa anti-riciclaggio ed all'identificazione dell'origine dei fondi apportati dai clienti, la Commissione aveva motivi di insoddisfazione circa la prassi seguita da Castle Company Management (LLC). Molti dei clienti della società apparivano provenire dalla Bielorussia e da altri Paesi dell'Europa orientale o dell'ex Unione Sovietica – tanto che il sito *web* comprendeva anche una presen-

tazione dei servizi in lingua russa – senza che la documentazione in possesso della società evidenziasse alcuna particolare attività istruttoria. Anzi, in molti casi l'unico elemento identificativo del cliente era la copia di un documento di identità (invero non sempre presente) e la laconica indicazione “cliente presentato”. Per quanto tale profilo sia menzionato solo in via incidentale dalla Commissione e dal Tribunal, è il caso di sottolineare come un simile *modus operandi* sia in aperto contrasto con la disposizione di cui alla Regulation 4(4) delle Criminal Justice (Proceeds of Crime) (Bailiwick of Guernsey) Regulations 2002, ovvero i regolamenti attuativi della locale legislazione antiriciclaggio. In particolare, la norma in parola esime un intermediario finanziario – e per estensione un operatore fiduciario – dall'identificazione di un suo cliente solo quando questi gli venga presentato da un altro intermediario finanziario, o da un esponente della professione legale o contabile, che fornisca nel contempo una certificazione scritta di aver provveduto direttamente all'identificazione del cliente e di aver conservato la relativa documentazione.

§ 2.4. Principi di corretta e prudente gestione.

L'esame da parte del Tribunal prosegue sulla base delle disposizioni di cui agli articoli 3(3)(c) e 3(3)(d) dell'allegato 1 alla legge sui servizi fiduciari, relativi ad eventuali pratiche improprie, scorrette od insoddisfacenti, tali dunque da suscitare dubbi circa l'idoneità di un soggetto ad esercitare professionalmente l'attività fiduciaria. Gli esempi già citati finora rientrano almeno in parte in tale categoria.

Nell'ambito dei principi di corretta gestione di un'impresa fiduciaria, l'articolo 4 dell'allegato 1 alla legge sui servizi fiduciari prevede il cosiddetto criterio “dei quattro occhi”, ossia la presenza di due amministratori indipendenti alla guida di una società. La circostanza che il signor Doyle e la signora Lanyon convivessero sotto lo stesso tetto coniugale escludeva agli occhi della Commissione che i due potessero soddisfare tale requisito. L'unico dipendente a tempo pieno

Note:

(6) “It also requires directors to understand that the acceptance of instructions from others (acting as “nominee director”) is inconsistent with their duties to the company because acting in accordance with those instructions might not be in the company's best interests”.

(7) Si rinvia a P. Panico, Doveri e responsabilità dei *nominee director*: una lezione da Guernsey, in questa Rivista, 2005, 225.

Saggi

della società, con il ruolo di Compliance Officer, non appariva invece avere né la statura professionale né l'autorevolezza per qualificarsi come un valido contrappeso all'autorità del signor Doyle. Se in generale la posizione della Commissione non appare del tutto condivisibile a chi scrive, in quanto equivale ad escludere ogni forma di autonomia ed indipendenza di giudizio tra marito e moglie, è invece plausibile che nel caso di specie la Commissione ed il Tribunal avessero ragione di identificare la società Castle Company Management (LLC) con la persona del signor Doyle. Di conseguenza, le irregolarità riscontrate nella condotta di quest'ultimo si traducevano in altrettante ragioni per negare una licenza fiduciaria alla società.

Un ultimo aspetto su cui si sofferma il Tribunal è la tenuta delle scritture contabili. L'articolo 5(6) dell'allegato 1 alla legge sui servizi fiduciarie prescrive il principio di prudenza nella gestione delle imprese fiduciarie e specifica che un indicatore di prudente gestione è la tenuta di corrette e regolari scritture contabili. Anche se la sua forma societaria di LLC di diritto del Wyoming non la obbligava alla tenuta di scritture contabili, la società Castle Company Management vi si dovette conformare in seguito all'entrata in vigore a Guernsey della legge sui servizi fiduciarie. Il bilancio dell'esercizio chiuso il 31 marzo 2001 non presentava particolari criticità, mentre quelli del 2002 e del 2003 erano caratterizzati da alcune importanti qualificazioni nella relazione di certificazione. In particolare, i revisori contabili affermavano in entrambi gli anni di non aver ricevuto le informazioni e spiegazioni necessarie per stabilire se la contabilità fosse tenuta correttamente. Le informazioni in parola facevano riferimento a debiti, crediti, costi e ricavi dell'esercizio in corso e di quello precedente. A titolo di giustificazione per questo stato di cose, il signor Doyle comunicò di aver sentito dire da qualcuno che una relazione di certificazione di questo tenore fosse usuale per una società in fase di crescita.

Le considerazioni del Tribunal circa la tenuta dei libri contabili di Castle Company Management (LLC) sono particolarmente rilevanti in quanto integrano un'esplicita critica all'attività ricognitiva della Commissione, valutata insufficiente sotto questo punto di vista. Non solo: il Tribunal, sottolineando così la sua indipendenza di giudizio dalla Commissione, dedica alcune osservazioni conclusive proprio a rilievi critici sull'operato di quest'ultima, tra cui segnatamente la brevità delle visite ispettive. Le conclusioni del Tribunal non si discostano peraltro

dalla posizione della Commissione e raccomandano il rifiuto della licenza fiduciaria alla società.

§ 3. Il caso *Castle Company Management (LLC)*: giudizio di legittimità.

La valutazione di merito del Guernsey Financial Services Tribunal è di grande interesse non solo per la giurisdizione di Guernsey, ma per il settore dei servizi fiduciarie nel suo complesso. Le ragioni per il diniego di una licenza fiduciaria a Castle Company Management (LLC) esprimono infatti altrettanti principi di corretta e prudente gestione di un'impresa fiduciaria o *trust company*. Per questo motivo i rilievi della Commissione e le argomentazioni del Tribunal, nonché le circostanze di fatto ad essi sottese, sono stati descritti con una certa ampiezza di dettagli nel corso del presente lavoro.

I due successivi gradi di giudizio aditi dalla società – a cui hanno fatto seguito un'udienza dinanzi alla Court of the Seneschal di Sark nei giorni 13 e 14 gennaio 2004, con sentenza pubblicata il 10 febbraio, ed un'udienza il 2 agosto 2004 innanzi alla Royal Court di Guernsey, con sentenza pronunciata il 27 agosto 2004 – fanno invece riferimento a profili di legittimità. Poiché le argomentazioni addotte dal ricorrente, in entrambi i casi puntualmente rigettate, sono le stesse nei due gradi di giudizio, basterà descriverle una sola volta, rinviando al testo delle due sentenze d'appello per maggiori dettagli(8).

È opportuno premettere che, tecnicamente, il ricorso in appello avrebbe potuto dar luogo a cinque possibili esiti. In tre casi la richiesta del ricorrente sarebbe potuta essere accolta, qualora la decisione della Commissione si fosse dimostrata (i) *ultra vires* ovvero viziata da abuso d'ufficio, (ii) irrazionale od "irragionevole nel senso di *Wednesbury*", cioè tale che nessuna pubblica autorità l'avrebbe ragionevolmente potuta concepire(9), (iii) irragionevole ancorché al

Note:

(8) V. *supra*, nota 3.

(9) Il riferimento, come è noto, è al caso *Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corporation* [1947] 1 All ER 498 e quindi, in appello, [1947] 2 All ER 680 e [1948] 1 KB 225, in cui una società di gestione di cinematografi aveva presentato ricorso contro la decisione dell'amministrazione comunale della cittadina di *Wednesbury* di permettere l'apertura domenicale delle sale di proiezione con accesso inibito ai minori di 15 anni. La decisione della cittadina di *Wednesbury* fu confermata nei due gradi di giudizio, ma in appello fu definita la nozione di irrazionalità, che nella prassi legale inglese è ancora oggi associata al suo nome.

di fuori delle due precedenti fattispecie. Nei restanti due casi, invece, il ricorso sarebbe stato rifiutato ed il Tribunale (iv) avrebbe raggiunto conclusioni diverse da quelle della Commissione, ritenendo comunque ragionevole la valutazione di quest'ultima, ovvero (v) avrebbe concordato con il punto di vista della Commissione. Quest'ultimo è stato l'esito del ricorso di Castle Company Management (LLC), tanto davanti alla Court of the Seneschal, quanto alla Royal Court di Guernsey.

Le quattro linee di argomentazione addotte dal signor Doyle fanno riferimento (a) alla consultazione con le autorità competenti dell'isola di Sark, (b) alla condotta dei funzionari della Commissione nella loro attività di reperimento di informazioni, (c) alla legittima aspettativa da parte del ricorrente circa la concessione di una licenza e (d) al fatto che la Commissione non avrebbe deciso autonomamente ma si sarebbe conformata pedissequamente alle raccomandazioni del Tribunal.

Quanto al primo aspetto, l'articolo 5(9) della legge sui servizi fiduciari prevede che la Commissione consulti preventivamente certi organi esecutivi di Sark e di Alderney prima di deliberare in merito alle licenze fiduciarie richieste da residenti delle due isole minori⁽¹⁰⁾. In effetti la Commissione aveva indirizzato una lettera al General Purposes and Finance Committee di Sark il 7 giugno 2001, facendo espresso riferimento alla disposizione del citato articolo 5(9) e sollecitando dunque il punto di vista del comitato. Una successiva comunicazione a mezzo fax del 19 giugno 2001 integrava la lista delle persone e delle società di Sark che avevano presentato domanda per una licenza fiduciaria. Il General Purposes and Finance Committee di Sark aveva quindi risposto alla Commissione con una lettera del 6 luglio 2001 a firma del vicepresidente Nigel Harris, in cui si confermava che tutti i richiedenti erano residenti dell'isola di Sark da almeno dieci anni e che, per ragioni di sviluppo dell'economia locale, l'isola sarebbe stata disposta ad accogliere attività tanto piccole da essere irrilevanti per Guernsey ma forse sufficientemente significative per Sark. Dal tono di questo scambio di corrispondenza appare evidente come la Commissione abbia adempiuto al suo obbligo di consultare preventivamente il competente organo di Sark e ne abbia ricevuto adeguata risposta. La pretesa del ricorrente che la Commissione si sia limitata a notificare le proprie determinazioni al General Purposes and Finance Committee di Sark, senza consultarlo, è dunque

inconsistente. Nel giudizio della Royal Court di Guernsey, il Bailiff ha fatto altresì notare come Nigel Harris, proprietario di una tenuta a Sark e per questo membro del Chief Pleas, fosse un avvocato inglese abilitato ad esercitare la professione a Jersey, ossia una persona in possesso delle competenze professionali necessarie ad interloquire con la Commissione sul tema delle licenze fiduciarie.

Vale la pena di notare *en passant* ancora un altro elemento connesso con questa prima argomentazione del ricorrente. La Court of the Seneschal, nella sua trattazione del ricorso di Castle Company Management (LLC), era stata presieduta dal Deputy Seneschal, previa esplicita accettazione da parte dei ricorrenti prima dell'inizio del dibattimento. Al momento di presentare ricorso alla Royal Court di Guernsey, il signor Doyle aveva manifestato un dubbio circa la possibilità che il Deputy Seneschal – di professione falegname – avesse potuto effettivamente scrivere il testo della sentenza. A parere del Bailiff di Guernsey nessun elemento della sentenza della Court of the Seneschal – il cui operato era peraltro definito commendevole – lasciava sospettare che non fosse stata scritta dal Deputy Seneschal. Non appariva irrilevante a tal fine che il nome del Deputy Seneschal stesso figurasse tra i richiedenti di una licenza fiduciaria personale, circostanza che doveva deporre a favore della sua dimestichezza con l'argomento trattato.

La seconda argomentazione del ricorso in appello eccipisce che la Commissione non avrebbe preventivamente informato Castle Company Management (LLC) del fatto che le informazioni ottenute durante le visite ispettive sarebbero state usate contro la società. In modo forse impervio, il signor Doyle cerca a tal fine di istituire un parallelismo tra la vicenda della sua licenza fiduciaria ed il caso *Fayed v United Kingdom* del 21 settembre 1994⁽¹¹⁾, relativo al ricorso presentato dai fratelli al Fayed alla Corte Europea dei Diritti Umani in merito alla pubblicazione nel Regno Unito di un rapporto ispettivo avente ad oggetto gli antefatti della loro acquisizione della società

Note:

(10) Si tratta rispettivamente del Policy and Finance Committee degli States di Alderney e del General Purposes and Finance Committee del Chief Pleas di Sark. Come è il caso anche dell'isola di Guernsey, in ciascuna delle isole minori l'assemblea legislativa si articola in comitati con funzione esecutiva analoga a quella dei ministeri.

(11) *Fayed v United Kingdom* (1994) 18 EHRR 393.

S a g g i

proprietaria del grande magazzino Harrod's. In tale circostanza i fratelli al Fayed avevano lamentato la violazione dell'articolo 6-1 della Convenzione per la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali, ossia il diritto di ciascun individuo ad un giusto processo prima che la sua libertà individuale e la sua reputazione possano essere in qualunque modo limitate o lese. A parere della Corte di Strasburgo, tuttavia, tale principio, già sancito al capitolo 29 della Magna Charta del 1225(12) e da allora pietra miliare del pensiero giuridico anglo-sassone, non era stato violato dalla circostanza di un'ispezione disposta dal Department of Trade and Industry (DTI) inglese ai sensi dell'articolo 432(2)(a) del Companies Act 1985(13) e della successiva pubblicazione del rapporto, ritenuta d'interesse per la collettività ed utile alla protezione degli investitori. In tale giudizio, peraltro, veniva ribadito il principio per cui gli ispettori sono tenuti ad agire con equità e secondo giustizia (*natural justice*), accordando all'ispezione la facoltà di rispondere alle loro critiche. La rilevanza di questo riferimento per il caso *Castle Company Management (LLC)* è peraltro esclusa da entrambi i Tribunali aditi, sia perché le verifiche ispettive della Commissione erano state esplicitamente disposte ai fini dell'istruttoria volta a concedere o meno una licenza fiduciaria, sia perché il ruolo dei funzionari della Commissione non è equiparabile a quello degli ispettori del DTI inglese. I rilievi dei primi hanno quale unica conseguenza l'eventuale diniego di una licenza, mentre quelli dei secondi possono dar luogo a sanzioni penali.

La terza linea argomentativa addotta dal signor Doyle fa riferimento alla durata estremamente lunga dell'*iter* autorizzativo da parte della Commissione (circa due anni e mezzo) ed alla conseguente aspettativa, da parte della società ricorrente, di ricevere la licenza fiduciaria richiesta. In realtà, la ricostruzione dei fatti dalla data di presentazione della domanda per una licenza fiduciaria da parte di *Castle Company Management (LLC)* a quella del giudizio d'appello non faceva rilevare alcun particolare ritardo, eccezion fatta per il periodo intercorso tra il mese di ottobre 2002 ed il mese di giugno 2003, ossia tra la prima comunicazione di rifiuto della licenza da parte della Commissione e l'udienza di fronte al Tribunal. Tale lungo lasso di tempo era in verità imputabile all'indecisione della società circa il ricorso al Tribunal, presentato poi tardivamente e ben oltre i termini concessi. Per di più, in tutta la

corrispondenza intervenuta tra *Castle Company Management (LLC)* e la Commissione, le perplessità di quest'ultima circa l'opportunità di concedere una licenza fiduciaria erano sempre state chiaramente esplicitate in modo tale da non incoraggiare alcuna aspettativa in tal senso.

È solo il caso di menzionare la quarta ed ultima argomentazione del ricorso in appello, secondo cui la Commissione, attenendosi pedissequamente alle raccomandazioni del Tribunal, avrebbe dato prova di scarsa indipendenza di giudizio. La considerazione del Bailiff di Guernsey è eloquente al riguardo: "Con tutto il rispetto, il signor Doyle non può avere la botte piena e la moglie ubriaca. La Commissione si è data la pena di istituire il Tribunal per assicurare una revisione indipendente della valutazione interna effettuata a proposito delle domande. Dal momento che il Tribunal ha confermato ed amplificato il ragionamento dei funzionari della Commissione, la Commissione non può essere criticata per averne seguito il consiglio".

§ 4. Considerazioni conclusive.

In un inserto speciale dedicato alle Isole del Canale del *Financial Times* del 6 ottobre 2004, il direttore generale della Guernsey Financial Services Commission Peter Neville aveva commentato gli effetti positivi dell'introduzione di una vigilanza prudenziale sui servizi fiduciari rimarcando che "in primo luogo abbiamo cacciato via il tipo di business che non vogliamo".

L'attività di *Castle Company Management (LLC)* rientra con ogni probabilità in questa definizione. Non a caso l'articolo 1 dell'allegato 1 alla legge sui servizi fiduciari, intitolato ai due requisiti essenziali di onestà e competenza professionale (*integrity and skill*), di cui ogni fiduciario abilitato deve essere sempre in possesso, fa esplicito riferimento alla reputa-

Note:

(12) Come è noto, la Magna Charta fu inizialmente concessa da re Giovanni Senza Terra il 15 giugno 1215, tuttavia la versione definitiva di riferimento è, a parere di molti, quella ratificata nel 1225 da Enrico III. Il principio a cui è fatta allusione nel testo è peraltro espressamente previsto in entrambe le versioni.

(13) L'ispezione era stata disposta sulla base del sospetto, alimentato da una società concorrente degli al Fayed, "that the company's affairs are being or have been conducted with intent to defraud its creditors or the creditors of any other person, or otherwise for a fraudulent or unlawful purpose, or in a manner which is unfairly prejudicial to some part of its members".

zione del Bailiwick come centro finanziario internazionale. Il successivo articolo 2 stabilisce, quale ulteriore criterio di valutazione per la Commissione, il beneficio economico ritratto dalla specifica isola del Bailiwick in cui il fiduciario intende esercitare la sua attività. Le due nozioni, che a prima vista potrebbero apparire almeno parzialmente in contrasto, sono in realtà strettamente collegate. Guernsey, come numerose altre piazze *off-shore* tra cui segnatamente l'isola "sorella" di Jersey, è impegnata in un'importante modifica del suo posizionamento competitivo, da "paradiso fiscale" a "centro finanziario internazionale". I principali fattori di attrazione per una clientela in prevalenza istituzionale sono infatti la flessibilità della locale legislazione in materia finanziaria (principalmente in fatto di investimenti alternativi), nonché assicurativa, oltre al ben noto e tradizionalmente solido quadro normativo in materia di trust. È sempre meno apprezzata, in quanto foriera di scarso valore aggiunto a fronte di importanti rischi di reputazione, la clientela interessata a schermi societari per ragioni puramente fiscali, la cui natura simulata è talvolta confermata dal ricorso a procure generali a favore del beneficiario economico. Le imprese dedite all'organizzazione di veicoli societari *off-shore* con la relativa messa a disposizione di *nominee director*, tanto più in presenza di una sommaria quando non del tutto assente istruttoria sulla clientela e sull'origine dei suoi fondi, sono la categoria di professionisti che la Commissione intende scoraggiare attraverso un rigido controllo delle licenze. Non a caso in un passo del dibattito dinanzi al Tribunal emerge la considerazione da parte della Commissione per cui Castle Company Management (LLC) sarebbe indietro di anni rispetto alla prassi attualmente seguita nel Bailiwick. La società appare infatti espressione di una realtà professionale *off-shore* piuttosto diffusa fino agli anni Novanta ma destinata a scomparire, per lo meno dai centri finanziari più seri del continente europeo, per effetto della crescente attenzione alle problematiche del riciclaggio di denaro e della lotta al terrorismo, da un lato, e della protezione degli investitori attraverso più rigidi sistemi di *corporate governance*, dall'altro.

Riguardo a quest'ultimo profilo merita di essere ricordato in conclusione un ulteriore dettaglio dell'istruttoria svolta dalla Commissione. Su un portafoglio di 1.113 società e due trust amministrati da Castle Company Management (LLC), il controllo a campione condotto dai funzionari della Commissione

si è concentrato su nove società ed entrambi i trust, con una rappresentatività fortemente sottostimata delle società ed altrettanto sovrastimata dei trust. Se questo aspetto è stato rilevato con una nota garbatamente critica da parte del Tribunal, non è impossibile che non sia del tutto casuale. Il cuore delle attività fiduciarie regolamentate nel Bailiwick di Guernsey è naturalmente rappresentato dai servizi di *trusteeship*. Non a caso il codice di condotta emanato dalla Commissione per i *trust service providers* è assai più ampio, elaborato ed esigente di quello già citato a proposito dei *nominee directors*. In altre parole, i requisiti di integrità e competenza professionale di un fiduciario dedito a servizi di amministrazione societaria sono modellati su quelli, tradizionalmente assai elevati ed esigenti già nel modello inglese, di un trustee. Lo stesso vale per i relativi *standard* di comportamento e di responsabilità. Questo orientamento non è lontano da un recente filone di ricerca nell'ambito dell'analisi economica del diritto, o *law and economics*, che vede proprio nel diritto dei trust il riferimento più idoneo per una riforma del diritto societario, nel senso di un rafforzamento dei diritti e delle prerogative degli investitori⁽¹⁴⁾. È d'altronde possibile rintracciare alcune linee evolutive del diritto societario inglese direttamente ascrivibili alla disciplina dei trust, anche in ragione di alcuni peculiari accidenti della storia del Paese⁽¹⁵⁾. Queste linee di convergenza si sono rafforzate negli ultimi anni, e non solo nel mondo anglosassone, in relazione a temi quali i diritti delle minoranze azionarie, la gestione dei conflitti d'interesse e la divulgazione di informazioni (*disclosure*), in molti casi oggetto di apposite riforme della legislazione in vigore in materia di società di capitali, o se non altro delle norme applicabili alle società quotate in Borsa. A questo proposito giova ricordare che è proprio di Guernsey il precedente *Stuart-Hutcheson v Spread Trustee Company Limited* (Guernsey Court of Appeal) che ha significativamente rafforzato la posizione dei beneficiari in relazione all'ottenimento di informazioni dal trustee⁽¹⁶⁾.

.....
Note:

(14) Si veda R. H. Sitkoff, *Trust Law, Corporate Law and Capital Market Efficiency*, 28 *Journal of Corporation Law*, 565 (2003).

(15) Per questo punto di vista sia consentito un riferimento a P. Panico, *I nuovi modelli di Corporate Governance*, Milano, 2004, capitolo 2.

(16) *Stuart-Hutcheson v Spread Trustee Company Limited*, in questa Rivista, 2002, 596.

Saggi

Common Pitfalls and Traps that Catch the Unwary and Invalidate the Deed

di Simon P. Beck

SUMMARY: § 1. The Trust Documents Contradict Each Other! – § 2. The Schedules to the Trust do not Identify the Trust Fund or the Beneficiaries? – § 3. My Trust is a Sham! – § 4. The Settlor Never had Title to the Assets Transferred into Trust. – § 5. We Never Transferred the Trust Corpus! – § 6. We Have the Wrong Trustee! – § 7. We Didn't get Approval! – § 8. What Perpetuity Period? – § 9. We Didn't Take that into Account! – § 10. We Didn't Understand What we were Doing! – § 11. Conclusion.

Formalities should never be taken for granted! The devil is in the details, and failure to respect the smallest of technical matters can scupper a carefully structured tax or estate plan. Whilst this may seem self-evident, it is surprising how many practitioners, whether lawyers, accountants, bankers or trust professionals fail to respect the simplest points of trust law and place themselves and their insurance policies at risk.

Over the last year, the writer and his partners have had the interesting perspective of viewing a large number of cases where trustees and settlors have sought advice as to how they might unwind unwanted trusts. Generally, circumstances have changed and what had seemed like a good idea some 10 years ago is now an albatross around the settlor's neck. All of a sudden, the mistakes from the past are the tools of the trust buster!

This paper aims to review the ten most common errors that the writer has found in daily practice in connection with trusts established in jurisdictions, whose trust law is founded on English law.

§ 1. The Trust Documents Contradict Each Other!

Students of English law of equity will recall the three certainties required to establish a trust; namely (i) certainty of words; (ii) certainty of subject matter (i.e. the Trust Fund) and (iii) certainty of objects (i.e. beneficiaries)(1). This paper will not attempt to

review the law surrounding these concepts in any depth, but rather will provide practical examples of how these seemingly academic concepts may come into play.

Generally, the judiciary is reticent to bring down a trust for lack of binding words and circumstances will be rare that you can point to the language of the trust to declare that the trustee had no intention to establish the settlement, which he has executed. No special words are required to establish a trust, however the law has long been settled that mere precatory language (i.e. an expression of a wish or desire) is insufficient to establish a trust(2). Conversely the draftsmen should be careful not to establish a custodian or agency relationship. Poor drafting and inconsistencies in documentation can give rise to a different relationship than that which the parties intended, no matter how unjust the result. In the *Socimer* case in the Bahamas(3) the Judicial Committee of the Privy Council refused to find that a trust existed in the relationship between the arranger of a debt issue and the investors in certain participating interests. In this instance *Socimer*, the arranging bank went into liquidation prior to paying the proceeds of a bond maturity to Chase Manhattan as custodian for the investors. In an action brought by the liquidator of *Socimer* claiming the proceeds on behalf of the general creditors, the Bahamas court of first instance held that a fiduciary relationship existed between *Socimer* and the investors. The case resolved around the precise wording of the various contractual arrange-

Note:

Simon P. Beck è avvocato in Miami, studio legale Baker & McKenzie LLP.

(1) *Knight & Knight* (1840) 3 Beav 148.

(2) *Re: Adams & Kensington Vestry* (1884) 27 ChD 394.

(3) *Lloyds TSB Bank plc v Paul Frederick Clarke (Liquidator of Socimer) International Bank Limited* and (2) *Chase Manhattan Bank Luxembourg S.A. Privy Council Appeal No. 41 of 2001* [2002] 2 ALL ER (Comm) 992.

ments of the parties. On appeal to the Privy Council in London, the court noted that the wording of the various agreements were inconsistent. Whilst the agreements between Chase Manhattan and the investors, governed by Luxembourg law, provided that Chase acted as a “fiducie” for the investors, the agreements between Socimer and Chase did not. Lord Hoffman delivering the opinion for the court held: “Their Lordships think that it would be hard for the draftsman to have made it clearer that he was intending the sub-participation to have precisely the effect described by Mr. Wood and the Bank of England. The agreement contains no words declaring a trust or assignment.”

In practice, all too often trust companies require settlors to execute terms and conditions or binding side letters. Great care needs to be taken to ensure that these are consistent with the terms of the trust and do not negate the fiduciary relationship that the parties intend to establish.

§ 2. The Schedules to the Trust do not Identify the Trust Fund or the Beneficiaries?

Time and again trust companies allow their private banking colleagues to complete standard form trust deeds. Schedules left blank or documents left unsigned and undated by requisite parties can spell disaster.

The assets transferred into trust must be reasonably ascertainable. If it is not possible to identify the assets transferred into trust, the trust will fail. Standard form trust deeds linked to poor, or in certain cases non-existent, accounting can establish the uncertainty as to what assets (if any) have been transferred to the trust. Schedules of trust assets left blank by an over zealous private banker or completed in a manner where the nature of the interests being assigned into trust is ambiguous can give rise to uncertainty as to the subject matter of the trust and cause the trust to fail.

Uncertainty of objects will arise where it is not possible to identify with any certainty the beneficiaries or class of beneficiaries. In connection with discretionary trusts, the test for certainty has been largely relaxed⁽⁴⁾ and hence it will be rare that a trust will fail under this heading. However, schedules (where beneficiaries are intended to be listed) inadvertently left blank or statements to the effect that

the Beneficiaries are such “persons or individuals whom the Settlor may nominate from time to time” are clearly suspect.

Increasingly children are named after their parents. In the absence of any description as to their relationship, it may be difficult to determine, which of the three family members named Gustavo were intended to be Beneficiaries. Also, children born from second marriages can cause confusion. In *Re: Double Happiness Trust*⁽⁵⁾, the settlor named as beneficiaries: “the children and remoter issue of the settlor and Mrs. Gwenda Ward namely [...]” and then named 6 children, only 4 of whom were children of both the settlor and Mrs. Gwenda Ward. The Jersey court held the trust to be void for uncertainty.

§ 3. My Trust is a Sham!⁽⁶⁾

Since the Jersey court’s decision in *Rahman v Chase Bank*⁽⁷⁾, all practitioners are aware that trusts have to be managed and trustee’s ignore their fiduciary obligations at their peril. Settlors may nonetheless view their trusts as little more than extension of themselves and expect trustees to do their bidding. In practice, it is submitted that it has become increasingly difficult to invalidate a trust as being a sham. Last years decision in the latest round of *Grupo Torras* litigation⁽⁸⁾ emphasizes that for there to be a sham, both the settlor and the trustees must take part in the pretence. The court held: “Accordingly in order to find a sham the court must find that both the settlor and the trustee had the intention that the true position should be otherwise than as set out in the trust deed which they both executed.”

Evidencing such intention will in most cases be difficult. However, the trustee needs to be careful not to provide the settlor with words of comfort, particularly in writing, that he and he alone is their true

Note:

(4) *McPhail v Doulton* [1971] AC 424.

(5) *Re: the Double Happiness Trust: Grant Thornton Stonehage Ltd v Ward and others* [2003] WTLR 367.

(6) Sul tema v. R. C. Lawrence – D. Kapur Sanna, *Trust Classification Times Four*, *supra*, 342 [n.d.r.].

(7) *Rahman v Chase Bank (CI) Trust Co. Ltd* [1991] JLR 103; in questa Rivista, 2004, 296.

(8) *Abacus (CI) Ltd (trustee of the Esteem Settlement): Grupo Torras SA v Al Sabah* 2003 JRC 092; in questa Rivista, 2004, 414.

Saggi

“client”, and thus dismissing the relevance of the trust deed. In this regard unofficial brochures employed by marketing staff should be carefully reviewed. Clients, particularly those from civil law jurisdictions, may find it difficult to comprehend the concept of a trust. From time to time settlors will suggest that the deed is “like a will”. The private banker, hoping to make a quick sell, should never concur with such a statement.

It is increasingly important that both the trustee and the settlor respect the terms of the trust deed. The trustee must consider its terms carefully before exercising its discretion. Well drafted trust laws in most of the Caribbean centers permit settlors to exercise substantial powers of direction over the trust. If this is what is in fact intended the trust deed must reflect such intention.

§ 4. The Settlor Never had Title to the Assets Transferred into Trust.

The settlor needs to own the assets before he or she can vest them into trust. A self evident statement but often ignored in practice. To avoid probate, families are often advised by their bankers to establish accounts in joint names. Similarly shares of offshore entities are issued in the joint names of two or more family members. The head of the family may not intend for the joint account or share holders to have any real interest, at least not while he or she is alive. However as a matter of law the presumption of advancement will vest a legal interest in the hands of the co-owners. A recent case in the Isle of Man illustrates the point well(9). In that case the Isle of Man court held that where a father had opened an account in joint names with his daughter, the daughter was deemed to have received an interest and upon her father’s death was the sole owner under the right of survivorship, notwithstanding that the father alone could draw on the account during his lifetime or that several years after opening the account he had crossed her name off the account opening documentation.

Community of property interests can lead to a similar result. Most civil law jurisdictions and several major U.S. states (most notably California and Texas) provide that a spouse will share in any property acquired during the marriage (except for assets acquired by gift or inheritance). Each country’s laws vary on the issue, some permit couples to opt out of

the community either prior to or even following the wedding, others like Argentina do not. Income from seemingly separate property may not retain its separate character. For instance, California will consider such income to be separate property, whereas Idaho and Texas provide that income from separate property will be community property. In other words, each spouse will have a one-half interest in that income.

Interestingly, many settlors are wholly unaware that they are subject to a matrimonial regime. In one case, an Australian client married a German lady and lived in Germany. Later, the couple moved to Switzerland where the husband successfully made his fortune investing in cuckoo clocks. The couple then moved to Monaco only to go their separate ways. The wife, buoyed with the knowledge that German law provided her a share of one half of the increase in the husband’s wealth during their marriage, filed for divorce before the Monegasque courts(10).

Most offshore jurisdictions have included provisions safeguarding trust assets from third party claims. The most common deal with forced heirship claims that arise following the settlor’s death(11). Additionally many jurisdictions have time limits preventing actions being brought under fraudulent conveyance statutes(12). However, if the settlor had no title to the assets which he purports to convey, then it is difficult to see how such assets will be protected by such anti forced heirship or fraudulent conveyance legislation and a claim brought against the trustee by the spouse for the return of her share of the trust assets is likely to meet with success.

Similarly, it is too easy to overlook pre-emption rights hidden away in articles of association, resulting in third parties being able to trace and claw back assets that had purportedly vested in the hands of the trustees.

Another area of concern relates to the establishment of underlying entities. Trust companies in a display of efficiency often provide an off the shelf com-

Note:

(9) *Griffith & Griffith v Floyd* [2004] WTLR 667 (IOM HC).

(10) *Re: Henry v Henry* (Principality of Monaco reports: citation not available).

(11) E.g. see Section 83(1)(b) of BVI Trustee Act 1961 or Cayman Part VII of the Trusts Law (2001 Revision).

(12) E.g. Cook Islands International Trusts Act 1984, Bahamas Fraudulent Dispositions Act 1991.

pany and even lend their own funds to provide the \$2 of capital to fund the initial issuance of shares. In order for a settlor to create a trust, it is necessary that the settlor has proprietary rights in the property which is purported to be settled. A settlor cannot create a binding trust over property if the settlor does not have proprietary rights in that property at the time of purporting to create the trust. Importantly the trust will not come into existence even if the settlor does subsequently become entitled to that property(13). Consequently if the trust company establishes the shelf company and transfers the shares directly into trust, without the company having been capitalized by the settlor or the shares ever having been issued to him, then no trust will have been established.

§ 5. We Never Transferred the Trust Corpus!

The writer has experienced settlors placing their corporate structures into trust with no attempt made at accomplishing the basics elements of corporate transfer. Clients and trustees alike have presented elaborate schematics of underlying entities and interrelated business interests. However, on closer inspection, it becomes evident that no assignments have been made, no share certificates have been issued, or in one instance the bearer shares of Bahamian companies had expired having never been exchanged for registered shares. Trustees may respond that so called “Lucking clauses”(14) (often bearing euphemistic names such as Scheduled or Controlled Companies) do not oblige them to involve themselves with the affairs of underlying entities. However in the absence of any title to the assets it is difficult to see how they might involve themselves even if they wished to do so.

Corporate formalities must be respected. The timing and manner of transferring assets to the trustee must be carefully considered. A common structure will have the trustee holding the shares of an underlying company, which in turn will hold title to a bank account, investments, real estate or business interests. In practice assets are transferred directly to the underlying company in exchange for shares or a promissory note. Such issued shares or note is then gifted to the trustee, thus achieving a transfer of local situs assets (i.e. the shares or the loan note), which transfer will be subject to the same law as that governing the trust. However, in practice short cuts are common.

For a trust to exist it is essential that the settlor actually transfers the corpus to the trustee. The corpus need only be two shares in the underlying entity. It is not sufficient that the trust deed records the shares as part of the corpus in one of its schedules. Students of the law of equity will recognize the maxim “equity will not assist a volunteer”. Simply put, in the absence of any consideration passing between the parties, the court will not make happen that which the parties intended but never put into effect. Consequently, stock powers must be executed and shares issued, accounts must be re-titled and assets (or at least title to them) transferred in accordance with the applicable governing law.

Too much reliance is placed on the date that the trust deed was executed as if the act of executing the deed will give rise to the settlement. Timing is everything and trusts do not arise until the corpus is transferred. If the trust is not funded until a later date, all actions taken in the interim might be suspect, and the resulting proceeds may be held outside of the trust. In one recent case, the settlor sold certain assets to a company, which he believed was held in trust. Unfortunately the settlor had never got around to transferring the company to the trust, with the result that the value of the assets remained in the settlor’s estate. Had he attempted to transfer the shares of the company years later when the error was spotted, such transfer would have been subject to substantial transfer taxes given that the assets had increased greatly in value.

§ 6. We Have the Wrong Trustee!

Generally no particular qualifications are required for an individual or an entity to act as trustee. Jurisdictions may, and in most offshore jurisdictions do, require that any person providing trust services to earn a living are duly licensed and properly regulated(15). However, in most instances a trustee from one jurisdiction can usually act as

Note:

(13) *Re Brooks* ST [1939] 1CH 993.

(14) Named after the decision *In re: Lucking’s Will Trusts* [1968] 1 WLR 866, such clauses purport to permit the trustee to refrain from involvement in the activities of an underlying company absent any fraud or wilful act.

(15) Interestingly many onshore jurisdictions e.g. New Zealand do not.

Saggi

trustee of a trust established under the laws of another. However, the recent enactment of special trust legislation in many offshore jurisdictions has substantially altered the picture. For example Cayman's STAR legislation(16), the new British Virgin Islands VISTA(17) legislation and Bahamas' recently enacted Purpose Trust law all require that a locally regulated trustee act as one of the trustees. For instance, BVI's VISTA Law requires that there be a sole BVI trustee for the provisions of the law to apply(18). In the competitive world of offshore planning it is too easy to overlook this requirement. The effect of failing to appoint a licensed trustee or the appointment of additional or successor trustees may invalidate the intended goal. It is not always clear what the consequence of appointing an authorized trustee will be. For instance, Cayman's legislation imposes a list of penalties for breach of the provision, although is silent as to the validity of the trust.

§ 7. We Didn't get Approval!

Increasingly limitations are placed on the exercise of trustee's powers. Many trust deeds stipulate that the settlor or designated third parties (commonly known as protectors)(19), must approve or direct that distributions be made. If careful attention is not given to the terms of the trust deed, it is all too easy to overlook such a requirement. If the deed stipulates that prior consent must be obtained, then it must be obtained. Prior means before the act takes place not subsequent ratification when all involved realize that the error has been made. Furthermore, a requirement that such consent must be made in writing must be respected. Modern draftsmen regrettably litter trust provisions with needless third party consents. In certain instances, it becomes quite difficult to identify who need give the consent. For instance, the writer has seen provisions to the effect that "all income beneficiaries over the age of 25 must consent". However, in the context of a discretionary trust where no one beneficiary is entitled to any portion of the income (and in the absence of any exercise of a power of appointment to the contrary) it is difficult to know who should consent.

In a recent case, the trustees purported to appoint the trust fund upon the trusts of a settlement established in another jurisdiction. The relevant trust deed provided that protector A need to consent to any exercise of a power of appointment, whilst protector

B needed to consent to any transfers made to a third party trust. Unfortunately there was no evidence that either protector had provided written consent rendering the transfer void.

§ 8. What Perpetuity Period?

The English court of Chancery concerned that land would be tied up for generations established the rule against the remoteness of vesting, and hence the rule against perpetuities was born(20). Modern jurisdictions have tended to increase the length of their perpetuity periods in an attempt to gain favor with prospective settlors(21). Others, such as the State of Delaware and the Cayman Islands in the context of its STAR trust legislation, have removed the perpetuity limitation entirely.

In practice, the problem generally occurs in two cases: the first where trustees propose to transfer all or part of the trust fund to the trustee of another trust, the second where it is proposed to change the governing law of the trust as part of a migration to another jurisdiction. In general one may be able to reduce the length of the perpetuity period, but rarely is it possible to extend it. Great care must be taken that the recipient trust cannot endure longer than the original. Similarly in migrating a trust to a new jurisdiction, the perpetuity period should be carefully considered and, if necessary, reduced (but never increased) to conform to the laws of the receiving jurisdiction. The common mistake is for the practitioner to adopt the period provided under the second countries' laws, rather than running such period from the date that the trust was established. For example, assume trustees wished to decant trust assets from an

Note:

(16) Cayman Special Trusts Alternative Regime now enacted in the Trusts Law (2001 Revision).

(17) Virgin Islands Special Trusts Act 2003, in questa Rivista, 2005, 127, 278 (n.d.r.).

(18) Clause 4(4)(b) VISTA.

(19) Other common euphemisms include: appointors, nominators and guardians.

(20) The rule against inalienability is a sister to the rule against remoteness but should not be confused.

(21) For example: British Virgin Islands and Bermuda have a 100 year rule, Cayman 150 and the Bahamas has recently increased its perpetuity period from 80 to 150.

English law trust settled 10 years ago, which has a perpetuity period of 80 years, to a New York trust. New York law has a maximum perpetuity period equivalent to a life in being plus 21 years (interestingly equivalent to the alternative maximum period permitted under English law). The New York trust would need to provide for a maximum perpetuity period of 70 years for such transfer to be valid. From time to time the draftsmen will mistakenly apply the 80 year period or the New York life in being plus 21 years.

§ 9. We Didn't Take that into Account!

Modern well drafted trusts provide an endless list of powers, in effect providing the trustee with all the tools that it could possibly need to carry out its obligations. Trust powers of course need to be exercised (i) in accordance with the terms of the trust deed and its governing law; (ii) in the interest of the beneficiaries; and (iii) for the purposes for which they were given.

Experience demonstrates that the exercise of a power of appointment is perhaps one of the most critical yet prone to errors. For example, U.S. tax practitioners often advise that income distributions to U.S. beneficiaries of foreign trusts be made to U.S. domestic dynasty trusts. However, will the three tests outlined above be satisfied?

The wording of the enabling provision must be carefully considered. The dynasty trust might make a provision for beneficiaries who are named in the offshore trust. If exercising of the power of appointment might result in there being no beneficiary of the original trust receiving the trust fund then arguably an exercise of such power is invalid, as it is unlikely to be in the interest of the beneficiaries nor to conform with the purpose for which the settlor included such power. Better drafted clauses will provide expressly that the recipient third party trust may have beneficiaries who are not beneficiaries of the original foreign trust. Whilst the trustee may be on better ground, he must still consider whether such power confers at least some benefit on the beneficiary for whom the distribution is intended to benefit.

Professional trustees do not always consider all the consequences of their proposed actions. hindsight is a wonderful thing, but unfortunately only available too late in the day.

In *Re Hastings Bass*(22), the English Court of Appeal ruled that:

“Where by the terms of a trust a trustee is given a discretion as to some matter under which he acts in good faith, the court should not interfere with his action notwithstanding that it does not have the full effect which he intended unless (1) what he has achieved is unauthorised by the power conferred upon him, or (2) it is clear that he would not have acted as he did (a) had he not taken into account considerations which he should not have taken into account or, (b) had he not failed to take into account considerations which he ought to have taken into account.”

Since 1975 trustees have successfully employed the rule to escape the negative tax consequences of their actions(23). Indeed *Hastings Bass* itself was concerned with the avoidance of UK estate taxes.

Judicial acknowledgment of the linkage between the rule and reversing unintended tax consequences came in *Abacus Trust Company (Isle of Man) Limited v NSPCC*(24). This case was involved with an artificial tax scheme (known as a ‘flip-flop’), one stage of which required the dating of a document after 6 April 1998. The trustees, relying on the erroneous advice of the English solicitor dated the deed on 3 April 1998 rendering the scheme useless.

Patten J provided: “the financial consequences for the beneficiaries of any intended exercise of a fiduciary power cannot be assessed without reference to their fiscal implications. The two seem to me inseparable. Therefore if the effect of an intended appointment is likely to expose the fund or its beneficiaries to a significant charge to tax that is something which the trustees have an obligation to consider when deciding whether it is proper to proceed with the appointment. Once relevance is established then a failure to take those matters into account must vitiate the exercise of the power unless it is clear that on a proper consideration of all relevant matters the decision would still have been the same.”

Whilst there remains much debate as to the extent of the rule and courts have tried to reign in

.....
Note:

(22) *Re Hastings Bass* [1975] Ch 25 (CA).

(23) *Green and others v Cobham and others* [2000] WTLR 1101.

(24) *Abacus Trust Company (Isle of Man) Limited and another v NSPCC* [2001] 3 ITEL 846; in questa Rivista, 2003, 278.

S a g g i

the boundaries of the rule⁽²⁵⁾; the rule nonetheless provides the trust practitioner a powerful tool to unwind actions taken inadvertently by trustees.

§ 10. We didn't Understand What we were Doing!

Trustees should concern themselves with whether or not settlors sufficiently understand the terms of the trusts that they plan to execute. Increasingly offshore trustees require that prospective settlors, particularly those from civil law countries where the trust concept does not exist, seek independent legal advice. However, is this enough?

The English courts have distinguished between a mistake regarding the effect of one's actions and a mistake as to the consequences flowing from one's act. To quote Millett J in *Gibbon v Mitchell*(26): "[...] wherever there is a voluntary transaction by which one party intends to confer a bounty on another, the deed will be set aside if the court is satisfied that the donor did not intend the transaction to have the effect which it did. It will be set aside for mistake whether the mistake is a mistake of law or of fact, so long as the mistake is as to the effect of the transaction itself and not merely as to its consequences or the advantages to be gained by entering into it."

The problem however, is how to know when a mistake is made as to the effect rather than the consequence? The recent case of *Wolff v Wolff*(27) throws some light on the issue, whilst also serving as an excellent example of what not to do when establishing a trust. In that case, the English court was confronted with a trust established by a husband and wife with the aim of avoiding UK Inheritance Tax. The couple, upon the advice of a lawyer, granted a 125 year lease over their London home to their daughters. The lease period started from June 4, 2017. They then purported to transfer the lease (as opposed to the reversionary interests held by the settlors) into a trust established to benefit their children. To quote Mann J, the drafting of the trust was "manifestly defective as a piece of drafting". Not only did the draftsman fail to understand that it was the reversionary interest in the property and not the leasehold interest (which had been granted to the couple's daughters) that had been transferred into trust, but it failed to provide the trustees any power to appoint capital (as opposed to income) and hence failed to carry out the settlor's intent in

transferring the family home to their daughters following their death. Whilst either of these flaws may have been sufficient to bring down the trust, the court determined that these issues were of merely academic interest, given that the subject matter of the trust, i.e. the lease, had failed. The court found that Mr. and Mrs. Wolff had not understood a crucial element of their actions, namely, that to work the Inheritance tax scheme required that they vacate their home in the year 2017. Mann J. ruled that there was no evidence that the Wolffs had been advised by their lawyer that the effect of granting the lease and the purported transfer into trust would require them to give up their home in the midst of their retirement years. As a matter of law the Wolffs had made a mistake as to the effect of their actions and hence declared the lease, and thus the trust, invalid.

The court struggled with whether the mistake was as to the effect or consequence of the settlor's actions. Mann J stated: "I confess that originally I had thought that the mistake of the Wolffs (which I have found they made as a matter of fact) was more as to the consequences of their transaction than as to its effect (though that distinction is not always easy to grasp). They intended a lease to their daughters, and they knew that that would give their daughters an interest. The fact that the lease deprived them of their right of possession seemed to me to be more of a "consequence" [...] However, I have been persuaded that my initial reaction was wrong. The Wolffs intended to give away an interest to their daughters, but there were limits to that gift. It was to take effect in the future, but even then it was not to deprive them of the rights of occupation free of charge that they had enjoyed hitherto. In fact and in law the lease deprives them of that right from June 2017. That seems to me to be an effect of the transaction - they have given away more than they intended. The

.....
Note:

(25) *Breadmer and others v Granville Grossman and others* [2000] WTLR 829, Park J. held that the rule could not be extended to circumstances where the trustee had failed to act; *In Abacus Trust Company (Isle of Man) v Barr* (Chancery Division, 6 February 2003). Lightman J held that "a successful challenge made to a decision under the Rule should in principle result in the decision being held voidable and not void."

(26) *Gibbon v Mitchell* [1990] 1 MR 1304.

(27) *Wolff v Wolff* [2004] All ER (D) 28 (Sep), in questa Rivista, 2004, 407.

matter can be tested in this way. Suppose that the lease took effect 1 day after its execution rather than 20 years, but the Wolffs still had the belief that they could continue to live in the property. Those stark facts show more clearly that their mistake was as to the effect of the transaction.”

The underlying factual basis of *Wollf v Wolff* is not unusual. The settlor's gave little attention to the paperwork that they executed and considered that the lease and trust were little more than legal fictions that would not impact upon their lives. They did not ask many questions of their lawyer, and indeed made it clear that they had gone to see him and had entered into the arrangement upon the advice of a friend. Facts and circumstances not uncommon in the competitive offshore trust industry!

Hence, whilst it is evident that Trustees should

concern themselves with whether the settlor understands what he is doing, perhaps the trustee need also consider whether the settlor has taken adequate advice from a practitioner sufficiently skilled in the law of trusts to ensure that he or she comprehends the effects of his intended action!

§ 11. Conclusion.

The foregoing list is not intended to be exhaustive. However, the popularity of offshore trusts by onshore practitioners and the flourishing of low cost trust companies renders the dangers of unwittingly falling afoul of one of these 10 pitfalls all the more likely. Great care must therefore be taken by practitioners, who are not familiar with the concepts of English trust law to get the basics right!

Saggi

“Sham” e altri temi centrali del diritto dei trust nella sentenza “Grupo Torras”

di Mark Bridges

SUMMARY: § 1. Sham trusts. – § 2. The sham argument. – § 3. Donner et retenir ne vaut. – § 4. Piercing the trust veil. – § 5. Public policy. – § 6. Remedial constructive trust.

§ 1. Sham trusts.

The Grupo Torras litigation has been back before the courts, this time in Jersey with the case of *Re Abacus (CI) Ltd (trustee of the Esteem Settlement): Grupo Torras SA and another v Al Sabah and others*(1). This has raised some interesting points regarding sham trusts, and some further arguments put forward in an attempt to receive assets held in trust to pay creditors.

The earlier stages of this litigation have been well reported, but in order to understand the context of the 2003 decision in Jersey it is necessary to go back to some of the earlier stages.

Grupo Torras (GT) is a company owned by the Kuwait Investment Office (KIO). At all material times Sheikh Fahad al Sabah was chairman of both GT and the KIO. Between May 1988 and October 1988 Sheikh Fahad and others conspired to defraud GT of substantial sums; in subsequent litigation an order was made against Sheikh Fahad by the English High Court in respect of the fraud for a total, with accrued interest, of US\$ 800 million. That judgement was properly registered in Jersey and is therefore enforceable in Jersey. Sheikh Fahad is hopelessly insolvent, and GT has made a number of attempts to receive assets held in various trusts. Between 1981 and 1994 Sheikh Fahad set up a number of trusts in different jurisdictions. Two were established in Jersey; the first was the Esteem Settlement established in 1981. The second was the No 52 Settlement, which was established in August 1992. Prior to the commencement of the fraud Sheikh Fahad contributed assets to the Esteem Settlement. After the commencement of the fraud he contributed assets to the No 52 Settlement, and contributed further assets to the Esteem Settlement. Earlier proceedings in Jersey had ordered that

all the assets of the No 52 settlement, and assets contributed after the commencement of the fraud should be distributed to GT. The 2003 action was concerned with assets contributed by Sheikh Fahad to the Esteem Settlement prior to the commencement of the fraud. It was agreed by all parties that the remaining assets were untainted by the fraud.

Five arguments were put forward in the attempt to receive the remaining assets. Two arguments alleged that, in effect, the Settlement was a sham and that the trustee was holding the remaining assets for Sheikh Fahad and therefore now for GT; the remaining three arguments accepted that there was a valid trust but that in these circumstances the assets should still be distributed to GT. While the first two arguments lie rightly in this section of this paper, and the other three elsewhere, all five will be considered together.

§ 2. The sham argument.

The first argument was that the Esteem Settlement was a sham, and the court started by looking at the leading definition of a sham given by Diplock LJ in *Snook v London and West Riding Investments Ltd*(2) where he said this:

“It means acts done or documents executed by the parties to the “sham” which are intended by them to give to third parties or to the court the appearance of creating between the parties legal rights and obligations different from the actual legal rights and obligations (if any) which the parties intend to create [...]. For acts or documents to be a “sham”, with whatever

Note:

Mark Bridges è solicitor in Londra, Farrer & Co.

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

(1) 2003 JRC 092; 2004 WTLR 1; 6 ITELR 368 e in questa Rivista, 2004, 414.

(2) 1967 2 QB 786; 1967 1 All ER 518.

legal consequences follow from this, all the parties thereto must have a common intention that the acts or documents are not to create the legal rights and obligations which they give the appearance of creating. No unexpressed intentions of a “shammer” affect the rights of a party whom he deceived”.

This statement was restated, with approval, by Arden LJ in the Court of Appeal, in *Hitch v Stone (Inspector of Taxes)*(3):

“It is of the essence of this type of sham transaction that the parties to a transaction intend to create one set of rights and obligations but do acts or enter into documents which they intend should give third parties, in this case the Revenue or the court, the appearance of creating different rights and obligations”.

An inquiry as to whether an act or document is a sham requires careful analysis of the facts and the following points emerge from the authorities.

First, in the case of a document, the court is not restricted to examining the four corners of the document. It may examine external evidence. This will include the parties’ explanations and circumstantial evidence, such as evidence of subsequent conduct of the parties.

Second, as the passage of *Snook* makes clear, the test of intention is subjective. The parties must have intended to create different rights and obligations from those appearing from (say) the relevant document, and in addition they must have intended to give a false impression of those rights and obligations to third parties.

Third, the fact that an act or document is uncommercial, or even artificial, does not mean that it is a sham. A distinction is to be drawn between the situation where parties make an agreement which is unfavourable to one of them, or artificial, and a situation where they intend some other arrangement to apply to them. In the former situation they intend the agreement to take effect according to its tenor. In the latter situation, the agreement is not to bind their relationship.

Fourth, the fact that parties subsequently depart from an agreement does not necessarily mean that they never intended the agreement to be effective and binding. The proper conclusion to draw may be that they agreed to vary their agreement and they have become bound by the agreement as varied.

Fifth, the intention must be a common intention.

GT argued that in the case of a trust deed there

was no need for a common intent on the part of the settlor and the trustee, and that a sham could be created where the settlor alone had the necessary intention. In other words, there can be an unilateral sham. This argument was not accepted, and the court ruled against GT:

“In order for a trust deed to be a sham, both the settlor and the trustee must intend that the true arrangement is otherwise than as set out in the trust deed”.

After an examination of a number of cases, the court added:

“We conclude that the principles laid down in *Snook’s* case and *Hitch v Stone* are applicable to settlements where there is a settlor and trustee. Accordingly, in order to find a sham the court must find that both the settlor and the trustee had the intention that the true position should be otherwise than as set out in the trust deed which they both executed”.

The effect of this was that GT needed to show that both Sheikh Fahad and the Trustee intended that the assets would be held upon terms otherwise than as set out in the trust deed, or alternatively that the trustee went along with Sheikh Fahad’s intention to that effect without knowing or caring what it had signed, and that both parties intended to give a false impression of the position to third parties or to the court.

The court held that there was no such intention.

§ 3. Donner et retener ne vaut.

The second ground relied upon by GT was that the gifts into trust were all void on the basis that Sheikh Fahad had retained dominion and control over the assets contributed to the settlement, thereby infringing the (Jersey) maxim of “donner et retener ne vaut”. This was much discussed in the leading Jersey case of *Rahman v Chase Bank (CI) Trust Co Ltd*(4) which was clearly of considerable assistance to the court in *Esteem*.

After giving some extracts from the leading text books on the subject, the court quoted from the unreported judgement of 2 May 1996 in *Johnson Matthey Bankers Ltd v Shamji*:

.....
 Note:

(3) 2001 EWCA Civ 63; 2001 STC 214.

(4) 1991 JLR 103 e in questa Rivista, 2004, 296.

S a g g i

“The two principal matters which are concerned in that maxim “donner et retenir ne vaut” are, firstly, that the settlor or owner, whoever he is, keeps something to himself, which, secondly, he, thereafter, can freely dispose of without consulting anyone else or without the consent of any other person. In our view, merely to ask somebody to act in accordance with that power is not the exercise of a free and unfettered power envisaged by the maxim. The reality is that Mr Shamji could influence his co-trustees but he could not compel them to act in a particular way.”

In our case, there were two issues which divided the parties regarding the maxim. The first was the time at which it applied. If an initial gift into trust was valid on the basis that the maxim did not apply at that time, was it possible for the maxim to apply later if the settlor and trustees so decided? The court that it could look only at the moment of donation; if the donor did not retain the necessary powers for the maxim to apply at that time, then the maxim could not apply in the future to invalidate a perfectly valid and irrevocable gift.

The second issue related to the interaction of the maxim and the concept of a sham trust. The trustee argued that the maxim did not, in this situation, add anything to the allegation of sham (which the court had already dismissed). This was accepted by the court:

“The maxim is breached if the trustee intends from the start to act as a nominee or agent of the settlor rather than under the express terms of the trust deed, because, in that event, the settlor will have retained a power to dispose freely of the transferred assets. But, in that event, the trust deed will also be a sham because both parties will intend that the trustee should hold the assets as nominee rather than upon the trusts set out in the trust deed. If, on the other hand, the trust intends to act bona fide as trustee pursuant to the powers and duties conferred upon it by the trust deed, then the settlor does not retain a “power freely to dispose”. The maxim will therefore not be infringed. If subsequently the trustee were to concede “de facto” control to the settlor so that he thereafter had free power of disposal, that would no doubt amount to a breach of trust actionable by the beneficiaries, but it would not infringe the maxim and lead to the subsequent invalidating of what was originally a valid and irrevocable gift.”

The court then moved on to consider the remaining three causes of action, all of which made the

assumption that the trust was valid, but that a separate cause of action arose which gave rights for GT to claim the remaining trust assets.

§ 4. Piercing the trust veil.

It is at this point that some of the arguments put forward by GT sought to establish new legal principles. This head argued that, by reason of Sheikh Fahad’s conduct after the creation of the Esteem Settlement and the transfer of assets into the Settlement, the court should now treat those assets as those of Sheikh Fahad. It was accepted by GT that this required the court notionally to transfer ownership of the assets from Sheikh Fahad to the settlement. It was also accepted that there was no case where a court had pierced the veil of a trust so as to enable a creditor of the settlor to have recourse against the assets in a hitherto valid trust. It was argued that this was a logical development of the law of piercing the veil of companies and that the court should now take this step.

The court started by examining the terminology. The pleadings referred to “lifting” the veil; the authorities on cases involving companies refer both to “lifting” and “piercing” the veil. The court looked at part of Staughton LJ’s judgement in *Atlas Maritime Co SA v Avalon Maritime Ltd, The Coral Rose (No 1)*(5) to explain the distinction between these two expressions:

“Like all metaphors, this phrase can sometimes obscure reasoning rather than elucidate it. There are, I think, two senses in which it is used, which need to be distinguished. To pierce the corporate veil is an expression that I would reserve for treating the rights or liabilities or activities of a company as the rights or liabilities or activities of its shareholders. To lift the corporate veil or look behind it, on the other hand, should mean to have regard to the shareholding in a company for some legal purpose”.

The court went through the authorities and had some difficulty in drawing clear conclusions. Lord Keith, in *Woolfson v Strathclyde Regional Council*(6) approved a statement to the effect that it was appropriate to pierce the corporate veil only where special

Note:

(5) 1991 4 All ER 769.

(6) 1978 SLT 159.

circumstances existed indicating that the company was a mere facade concealing the true facts. Robert Walker J summed it up well in *International Credit and Investment Co (Overseas) Ltd v Adham*(7) by referring to this “vivid but imprecise metaphor”. The court also found that most of the cases were interlocutory, rather than final hearings.

One of the cases which was not interlocutory was *Trustor AB v Smallbone (No 2)*(8). Here Morritt V-C said this:

“The second proposition (that the veil may be pierced where the company was involved in some impropriety) also appears to me to be too widely stated unless used in conjunction with the first (where the company was shown to be a facade or sham with no unconnected third party involved). Companies are often involved in improprieties. Indeed there was some suggestion to that effect in *Salomon v A Salomon and Co Ltd*(9). But it would make undue inroads into the principle of Salomon’s case if an impropriety not linked to the use of the company structure to avoid or conceal liability for that impropriety was enough.

In my judgement the court is entitled to “pierce the corporate veil” and recognise the receipt of the company as that of the individual(s) in control of it if the company was used as a device or facade to conceal the true facts thereby avoiding or concealing any liability of those individuals”.

The Vice Chancellor went on hold that both elements were present in the case before him and that the defendant shareholder was therefore personally liable to the plaintiff.

In *Grupo Torras* the parties agreed that if the principle was to be applied there had to be both control of the company linked with impropriety and the use of the company as a facade to conceal the true facts. But there was disagreement as to whether piercing the veil resulted in an attribution of liability or a transfer of assets.

The discussion so far relates to companies. Does the principle apply to trusts as well as companies? Such judicial comment as exists comes primarily from other decisions relating to the same fraud and Sheikh Fahad. In the English High Court Mance J gave judgement in *Grupo Torras SA v Al Sabah*(10) as follows:

“It is common ground that any discretionary trusts of which Sheikh Fahad is settlor and under which he is a potential beneficiary fall prima facie to

be regarded a quite separate in law from Sheikh Fahad; and that the assets of any such trusts fall prima facie to be distinguished from the assets of Sheikh Fahad. The prima facie position is therefore that it is if and only if and so far as the trustees of any such trust actually exercise their powers in favour of Sheikh Fahad that his assets may be increased.

The onus thus rests on the plaintiff to justify the extension of any interlocutory relief, whether by way of injunction or disclosure order, to the trusts or trust assets [...].

The ultimate issue is not therefore the legal efficacy of the corporate, or in this case, trust structure under consideration. It is whether it is necessary, in order to achieve justice, to lift the veil of that structure and so to treat the assets of the company or trust as the defendant’s. In a case where the structure cannot be entirely disregarded as a sham, a key question is likely to be whether it was in practice a vehicle over which the defendant exercised substantial or effective control”.

The Jersey court then looked at a decision of the Court of Appeal in *The Bahamas in Private Trust Corp v Grupo Torras S*(11). This case, also involving Sheikh Fahad, was concerned with the assets of a different trust, the Bluebird Trust. A Mareva Injunction had been granted over the assets of the Bluebird Trust, and the Trustees appealed. Gonsalves-Sabola P, having said that a case had been made that the assets of the Bluebird Trust were “in fact Sheikh Fahad’s assets” went on to say:

“If it be established that the Bluebird trust was a vehicle over which Sheikh Fahad exercised substantial or effective control, the Court would pierce the corporate structure of PTC and regard Sheikh Fahad as beneficial owner of the assets of the trust”.

The Jersey court, however, found it difficult to apply these principles, which really derive from company law, to trusts. Trusts are quite different; legal title to the trust assets is held by the trustees. But a trust is really a description of the obligations

.....
Note:

(7) 1998 BCC 134.

(8) 2001 3 All ER 987; 2001 1 WLR 1177.

(9) 1897 AC 22.

(10) 28 July 1994, unreported.

(11) 1997 1OFLR 443.

Saggi

which the trustees owe to the beneficiaries for whom they hold the assets. A court will enforce those obligations in the same way as an obligation under a contract. It felt that it was hard to see how the concept of a veil can easily be applied to such a relationship. So:

“Given an initially valid trust, one therefore has a position where legal title is vested in the trustees, they hold the beneficial interest for the beneficiaries and the court will enforce the obligations which the trustees owe to the beneficiaries pursuant to the trust deed”.

This position, the court said, was very different from that of a company. A shareholder of a company has certain legal powers conferred by company law. A settlor of a trust has no power to direct the trustees to do anything unless express provision for this is given in the trust deed. Any control exercised over the trustees by the settlor is unlawful and will not be enforced by a court of equity. There is a separation of economic interest unlike in the case of a company where the ultimate economic interest lies with the controlling shareholder. In a trust, the assets are not held for the settlor; they are held for a class of beneficiaries which may or may not include the settlor.

The court went on to examine an additional ground for concluding that the veil did not apply to trusts. It was that as any decision made by trustees as a result of the domination of a settlor would be a breach of trust and liable to be set aside. Thus, were they to accede to GT's request, the court would be giving effect to a deemed appointment in favour of the settlor which would be in breach of trust and itself liable to be set aside by the court.

This third ground of piercing or indeed lifting the veil of the trust was therefore rejected.

§ 5. Public policy.

The fourth cause of action proposed by GT was that the trust was contrary to public policy, and therefore should be set aside. This proposition was based upon article 10(2)(b)(ii) of the 1984 Jersey Trust Law which provides:

“(2) [...] A trust shall be invalid [...] (b) to the extent that the court declares that [...] (ii) the trust is [...] contrary to public policy”.

The plaintiffs accepted that the trust was not contrary to public policy when it was created. They

asserted that it had subsequently become invalid as a matter of public policy by reason of the following facts:

(1) Sheikh Fahad was the source of all the assets in the settlement;

(2) he had substantial or effective control over the assets in the settlement;

(3) he used the Esteem Settlement to fund his lifestyle when, from June 1990 onwards, he was hopelessly insolvent;

(4) he misused the settlement by transferring his assets into the settlement with the intention of defeating GT as his creditor;

(5) he also misused the settlement by keeping assets within it with the dominant or substantial purpose of defeating GT's claims; and

(6) had he been honest, he would have caused all the assets of the Esteem Settlement to be appointed for his benefit so as to repay GT.

All these facts relied upon facts and behaviour of Sheikh Fahad after the settlement had been validly created, and funded. Acceptance by the court of the public policy argument would have been with retrospective effect and would have invalidated earlier transactions which all parties to the case agreed had been perfectly valid at the time. The court did not agree with this:

“We think that it will be highly exceptional that a trust which is initially valid on public policy grounds will subsequently become invalid. Normally, if a subsequent decision by a trustee is contrary to public policy (e.g. to run a brothel) it would be that decision itself which would be struck down rather than the initially valid trust. But where the whole express purpose of the trust becomes contrary to public policy (as in the example given of Al-Qu'aeda) we can envisage the trust becoming invalid on the grounds of public policy”.

A separate point was then considered by the court, namely whether an intention to defeat creditors should be treated as contrary to public policy apart from the normal rules relating to the ways in which certain transactions can be set aside. The court said this:

“It is undoubtedly contrary to public policy for dispositions to be made (whether into trust or otherwise) with intent to defeat creditors. Such dispositions can be set aside but only to the extent necessary to reverse the prejudice suffered by the creditors. We agree with the trustee's submissions that, if a dis-

position into trust were made with such an intent but only part of the assets of the trust were required to pay off all creditors prejudiced by the disposition, the trust affecting the remaining assets would remain. There is no reason for public policy to demand, as some sort of punishment, that the entire trust be set aside. In other words, it is the disposition into the trust which is invalidated to the necessary extent, it is not the trust itself.”

The court did not agree that the Esteem Settlement had become contrary to public policy, and this ground was dismissed.

§ 6. Remedial constructive trust(12).

The final head of claim of the plaintiff was that as a result of Sheikh Fahad’s misuse of the settlement coupled with his substantive or effective control, the court should impose a remedial constructive trust and declare that the assets held by the trustee should henceforth be held upon trust for either GT or the trustee in bankruptcy.

The first task of the court was to decide exactly what was meant by the term “remedial constructive trust”, and to decide whether this was a concept known to Jersey law.

The Court looked to New Zealand for its first source of inspiration, and to the judgement of Tipping J in the Court of Appeal of New Zealand in the case of *Fortex Group Ltd (in receivership and liquidation) v MacIntosh*(13):

“For present purposes, these three types of trust can be described as follows. An express trust is one which is deliberately established and which the trustee deliberately accepts. An institutional constructive trust is one which arises by operation of the principles of equity and whose existence the court must simply recognise in a declaratory way. A remedial constructive trust is one which is imposed by the court as a remedy in circumstances where, before the order of the court, no trust of any kind existed.

The difference between the two types of constructive trust, institutional and remedial, is that an institutional constructive trust arises upon the happening of events which brings it into being. Its existence is not dependent on any order of the court. Such order simply recognises that it came into being at the earlier time and provides for its implementation in whatever way is appropriate. A remedial con-

structive trust depends for its very existence on the order of the court; such order being creative rather than simply confirmatory.”

It should be added that there has been considerable controversy as to whether the courts should assume the power to impose a remedial constructive trust as a remedy. A further discussion comes from a later case from New Zealand, *Commonwealth Reserves 1, LC v Chodar*(14) which involved a fraud upon investors and their attempt to recover assets. The court said this:

“There is, however, a significant distinction between having jurisdiction to impose a remedial constructive trust and choosing to exercise that discretion. It is apparent that a remedial constructive trust is potentially available as a remedy in cases of unconscionability and unjust enrichment. It is not inevitable that one will be awarded.

Reliability and certainty are primary considerations of any system of property rights and the unprovoked alteration of those rights is to be avoided where possible. This is all the more true in a commercial rather than a domestic context. The court must carefully examine the reasons why other forms of relief are inadequate, the interests of any third parties and the other circumstances of the case, and consider whether proprietary relief can be justified.”

The court proceeded to look at the ways in which different jurisdictions had approached this novel remedy. In Australia, for example, it was noted that the basis for the imposition of a remedial constructive trust was that of unconscionability. In Canada, on the other hand, it was unjust enrichment. On the Isle of Man, the case of *Cusack & Cotter v Scroop Ltd*(15) at first instance reviewed many of the relevant Commonwealth authorities and held that Man law did authorise the imposition of the remedy of a remedial constructive trust. On appeal, the matter was left open as it held that in the particular case the conduct of the defendant had not been uncon-

.....
Note:

(12) In materia v. M. Lupoi, *Trusts*, 2001, II ed., Milano, pp. 144-154; Id., *I trust nel diritto civile*, in *Trattato di diritto civile diretto da R. Sacco*, I diritti reali, Torino, 2004, pp. 359-366.

(13) 1998 3 NZLR 171.

(14) 2001 3 ITCLR.

(15) 1997 1 OFLR 68.

Saggi

scionable, and pointed out that the remarks of the High Court had been obiter dicta.

In England, there is no case in which a remedial constructive trust has been applied though there have been some judicial comments (again obiter) suggesting that the remedy was certainly possible. Lord Browne-Wilkinson said this in *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v Islington London BC*(16):

“Although the resulting trust is an unsuitable basis for developing proprietary restitutionary remedies, the remedial constructive trust, if introduced into English law, may provide a more satisfactory road forward. The court by way of remedy might impose a constructive trust upon a defendant who knowingly retains property of which the plaintiff has been unjustly deprived. Since the remedy can be tailored to the circumstances of the particular case, innocent third parties would not be prejudiced and restitutionary defences, such as change of position, are capable of being given effect. However, whether English law should follow the United States and Canada by adopting the remedial constructive trust will have to be decided in some future case when the point is directly in issue.”

On the other hand, there is clearer authority, even if from a lower court, that such a remedy is not available under English law in insolvency. In *Re Polly Peck International plc (in admin) (No 2)*(17) the Court of Appeal unanimously rejected the possibility of a remedial constructive trust. Nourse LJ said this:

“Whatever other rights the applicants may have or have had against the subsidiaries of PPI itself, it is plain that they have no proprietary right to any part of the proceeds of sale of the shares in the subsidiaries. They could only get one by the imposition of a remedial constructive trust in their favour. So this case raises fairly and squarely the question whether the remedial constructive trust is part of English law.

There being no earlier decision, we must turn to principle. In doing so, we must recognise that the remedial constructive trust gives the court a discretion to vary proprietary rights. You cannot give a proprietary right to A, who has not had one beforehand, without taking some proprietary right from B. No English court has ever had the right to do that, except with the authority of Parliament.”

The court then turned its attention to the law of Jersey, which, as they said, has always placed great

store upon matters of title and proprietary rights. It saw the attraction of the remedy in certain situations in order to achieve justice, but eventually concluded that there was no need to form a view in this case as there would be no basis upon which a remedial constructive trust could be imposed.

Their reasons for that were that the Esteem settlement was entirely valid at law, and that the assets remaining in it were free of taint from the fraud. There had been no unjust enrichment at the expense of GT; GT had not been a creditor at the time the settlement was created and the assets in question added to it. The position was no different to that of a settlement created by a settlor who subsequently became bankrupt. To impose such a right would be to deprive all the beneficiaries of their beneficial interest in the trust fund. And, above all, the remedial constructive trust was a discretionary remedy rather than a separate cause of action.

Thus GT failed in its attempt to attach the assets remaining in the Esteem settlement. The arguments put forward were of great interest, and lead to the production of a most interesting, if lengthy, judgement which is well worth reading in full.

It should be noted that the Grupo Torras litigation is continuing in the Cayman Islands where a preliminary hearing was held in the Grand Court on 9 June 2004. This hearing dealt with procedural matters only, and this long drawn out saga is set to continue for a number of rounds yet, this time in the Cayman Islands.

Note:

(16) 1996 AC 669.

(17) 1998 3 All ER 812.

A Brief Review of the Revised Laws on Trusts in Malta

di Max Ganado

SUMMARY: § 1. The Trusts and Trustees Act (Cap. 331, Laws of Malta). – § 2. Some Comments of the New Civil Code Provisions. – § 3. Some Comments on the Amendments to other Laws. – § 4. Conclusion.

The revised Maltese law of trusts is now in force. Unlike the previous model where all of Maltese trusts law could be found in a single Act of Parliament, called the Trusts Act 1988 (as amended in 1994), the trusts law is now to be found in different parts of the law. This is so because trusts were originally a ring-fenced offshore product and are now one of the institutes in the domestic legal infrastructure. So we find provisions in the Civil Code which are basic and general in nature(1) and others of a very specific intent where trusts meet existing institutes under the Code(2). Our fiscal laws now deal with all transactions involved in trusts. We have trusts regulated by the Notarial laws and the Arbitration Act(3). The main law on trusts remains the revised Trusts Act, with its special focus on trusts. This has been renamed as the Trusts and Trustees Act. Almost every existing article of the 1988 Act has been amended to some extent and the existing Recognition of Trusts Act, 1994 has been merged into the revised Act.

§ 1. The Trusts and Trustees Act (Cap. 331, Laws of Malta).

A copy of this Act and the new articles in the Civil Code is featured in this publication at page 449 and in this article the new elements in the Act and Maltese law will be highlighted on the assumption that the reader has access to the text of the law.

New Definitions

The Act deals with some concepts in a detailed manner when previously there were no provisions. Likewise various rules have been eliminated to “domesticise” the law. New definitions, such as “approved jurisdiction” and “approved person”, “charitable purpose” and “commercial transaction”

have been added(4). Several definitions such as “nominee company” have been eliminated as one of the purposes of this review was to comply with OECD and FATF requests for the elimination of the nominee company and ring-fencing.

A definition of “charitable purpose”, which is so important for the establishment and operation of charitable trusts, is now included. This means any charitable and philanthropic purposes and includes the advancement of education, including physical education and sports, the advancement of religion, health, culture, arts and heritage and social and community advancement. It also includes the promotion of human rights, conflict resolution and reconciliation but does not include a political purpose, which is defined as the promotion of a political candidate or a political party or the promotion of changes to law or policy except when of direct concern to the achievement of the charitable purpose. The importance of this addition is certainty. The limitation of duration of trusts to 100 years does not apply(5) to charitable trusts. The requirement that beneficiaries be ascertained or ascertainable does not apply to charitable trusts(6) and the duty of the trustee to provide information to beneficiaries in a charitable trusts context are different(7). Any ambiguity on what is “charitable” could result in difficulties.

A second important definition is that of a “commercial transaction” which includes securities offer-

Note:

Max Ganado è avvocato in Malta, LL.M. (Dal.), LL.D. (Malta).

(1) In particular Articles 958A to 958J making up a new Title on “Trusts and their Effects” and Articles 1124A and 1124B on “Fiduciary Obligations”.

(2) In particular Article 2095A on trusts and matrimonial regimes and 2059E on security trusts.

(3) See the new Article 15A, Arbitration Act (cap. 387, Laws of Malta).

(4) See Article 2(1), Trusts and Trustees Act (“TTA”).

(5) See Article 12(2), TTA.

(6) See Article 9(4), TTA.

(7) See article 29(8), TTA.

Saggi

ings, securitisation, grant of security, collective investment schemes, employee benefit schemes, syndicated or multi-creditor transactions, insurance policies, timeshare and multi-property structures. The purpose for such a definition is to clearly establish the rule that, in these contexts, the rights and duties of trustees and beneficiaries are allowed to be freely regulated by the trust instrument(8). The only limitations are the rules on failure of trusts(9) and the exclusion of liability or indemnities for the trustees own fraud, willful misconduct or gross negligence(10). The effect of these rules is to make certain the principle of freedom of contract in these cases where the parties are treated as being able to protect their own interests and where the fiduciary element of such trusts is weak and may be displaced by contractual agreements. This will ensure that Maltese law is very predicable when it is used in the context of commercial transactions, particularly relating to liability of trustees.

Definition of a Trust

The definition of a trust in Article 3 has remained basically the same but now the requirement that the trustee be the "owner" of the property has been expressed, mainly because the term "holds" traditionally used in this context was considered ambiguous and easily be confused with deposit or mandate, where fiduciary obligations can feature without a trust existing. A trust exists where the trustee "holds, as owner [...]" The same article has also been amended to make sure that the only "purpose trusts" which can exist under Maltese law are the charitable trusts and no others. This law makes it clear that there was no intention of allowing non-charitable purpose trusts to be created under Maltese law. The trend seen in some offshore jurisdictions has not been followed. A new sub-article (4) has been added to this article 3. A fundamental legal effect of trusts is being expressed clearly in the law: third party rights are blocked over trust property. A new sub-article (5) implements a principle in the Hague Convention that public authorities must allow trustees to record the fact that they act as trustee in transactions and a new sub-article (6) now states the other important effect that a trust gives rise to fiduciary obligations in favour of the beneficiary and that the settlor no longer enjoys rights over the trust property, except limitedly as provided by law(11). Again Maltese law has not followed the trend in some offshore jurisdictions to allow greater settlor control.

This definition is supplemented by a new provision in the Civil Code, in the law of things, which recognizes the various transactions taking place in trusts such as a settlement, a transfer between trustees and a distribution to a beneficiary as modes of transfer of ownership in property which are valid, create or terminate legally enforceable interests in favour of beneficiaries and bind third parties(12). The same provision also addresses the fact that the consideration (*causa*) for these transactions is gratuitous and may be only the creation, assumption or termination of obligations in relation to the trust property(13).

These are all very fundamental statements of law which are of a definitional nature and ensure that any uncertainty on the legal nature of transactions relating to property involved in trusts is eliminated.

Hague Convention

Malta has been a party to the Hague Convention on the Law applicable to Trusts and their Recognition since 1994 and a special law had been enacted(14) to implement the Convention in domestic law at a time when we had no domestic law on trusts. Since 1994, trusts have been used in domestic transactions very similarly to what has been happening in Italy. The issue of validity of such trusts "interni" has not really been doubted in the commercial sector and even in the Courts. In a recent case(15) a foreign law trust by a resident of Malta in relation to immovable property in Malta, with a Maltese trustee, was the subject of an application for a prohibitory

Note:

(8) See Article 6(6) which ensures that foreign law trusts used in commercial transactions shall operate "in accordance with the express terms of the trust instrument." See also article 21(7) and 29(12), TTA.

(9) In terms of Article 11, TTA.

(10) See the Proviso to Article 21(7), TTA.

(11) For instance the law imposes a duty on the trustee to provide full information to the settlor only as expressly provided for by the terms of the trust; see article 29(1)(b), TTA.

(12) See article 958A, Civil Code (Cap. 16, Laws of Malta) ("CC").

(13) See Article 958A(2)(c), CC.

(14) The Recognition of Trusts Act, 1994 ("RTA").

(15) See *World Group Europe Holdings plc v Bettina Vossberg* (1st Hall, Civil Court; 7.08.2004). - Reported in Maltese Cases and Materials on Trusts and Related Topics, Malta, 2004, p. 45.

injunction. No doubts were raised about the effects of the trust and the Court rejected the application to interfere in the trustees' discretionary powers.

The Recognition of Trusts Act has now been merged into the TTA and Article 5A, parts of Article 6 – 6(1), (2) and (3) – and parts of Article 6A – 6A(1) in particular – basically repeat the old law. There have, however, been important developments in the context of Maltese private international law. For this review it should be noted that three important issues have been addressed.

Recognition extended to all types of trusts: now that Malta is a trust jurisdiction, the recognition of foreign law trusts is no longer limited to express trusts, “but also in relation to any other trusts of property arising under the law of another country”(16). Thus Malta now recognizes all types of trusts including oral, constructive or resulting trusts created under a foreign law, such as English law. This was considered necessary because it would have been inconsistent to recognize all types of trusts in domestic law and then recognize only some types when governed by foreign law. This will help make Malta a more attractive jurisdiction in cross border financial and security structures involving trusts.

Maltese domiciliaries using foreign law trusts: the second set of issues arise because since 1994 Maltese persons could validly use trusts for all their affairs and have them governed by a foreign law. When this happens the law of their domicile, being Maltese Law, will come into play on certain issues and one can have potential conflict. This has been dealt with in great detail in the revised law. The Civil Code will basically prevail where mandatory rules are at play and no circumvention of the law of the domicile on succession and other important issues may take place. The innovative approach to the issue is to be found in Article 6B which introduces a set of conflict management rules which are consistent with the way the Civil Code already deals with internal conflicts, such as that between inter vivos donations or wills and legitim. These tools include principles like the non-failure of the trusts and severability, the benefit of discussion and the power of the trustee to reduce the trust property.

Foreign domiciliaries settling both Maltese and foreign law trusts: on the hand we have the opposite case of foreign domiciliaries who may use either Maltese law or a foreign law for their trusts. In this case it is the law of their domicile which should

apply to succession and other patrimonial issues and not the Maltese Civil Code. This therefore results in a bi-forcation in the rules. When the settlor is domiciled in a common law jurisdiction, issues of conflict are unlikely to arise. When the settlor is domiciled in a civil law jurisdiction, the same conflicts as may arise in Malta may occur. Article 6B, providing conflict management rules, operates as necessary and this also applies to the enforcement of foreign judgments in Malta(17). The rules are now as follows.

Common law domiciliaries: when the trusts of these settlors, eg. English, are governed by Maltese Law, the TTA will apply to their trusts but the Civil Code mandatory provisions and the prevalence rules will not apply in any manner(18). When their trusts are governed by a foreign law, eg. English Law, then the TTA applies only to recognition and the effects of the trusts and the Maltese Civil Code mandatory provisions and prevalence rules do not apply(19). These rules find reflection even in the Maltese *lex situs* when the trust property is immovable property in Malta. The Civil Code has now been amended to ensure that when a person is domiciled in a country which does not have rules on legitim or testamentary incapacities connected to reserved or maximum portions, then such rules will not even apply to immovable property acquired by such persons in Malta(20). This ensures that the law of the domicile of an English person will continue to apply even to the Malta estate, thus making Malta more predicable as a location for foreign residents from common law states. The wide freedom of disposition they have under their laws will be respected and the split, which used to arise in practice, between their world wide estate and their Malta estate will be avoided.

Civil Law Domiciliaries: in this case the Courts may apply the law of their domicile, eg. Italian Law, and so mandatory provisions in that law may be applied, always subject to Article 6B on conflict management. Maltese law, therefore, does not take the aggressive

Note:

(16) See Article 5(2), TTA.

(17) See article 6A(7), TTA.

(18) See Article 6A(3), TTA.

(19) See Article 6A(5), TTA.

(20) See Article 958G(1)(b), CC.

S a g g i

approach of some offshore centres which seek to block the application of the laws of legitimum and other mandatory rules(21). On the contrary, Maltese law allows foreign mandatory rules to be applied and then subjects the case to conflict management rules which are likely to be the same type of rules that will be found in the internal civilian system under which the problem arises. It is believed that this will make Maltese law a much more acceptable option to regulate trusts for persons based in Civil Law systems as it will not indicate any attempt by the settlor to circumvent mandatory rules of his home territory. Furthermore the outcome of potential conflicts relating to property located in the country of his domicile, eg. Italy, will be far more predictable as there are clear rules on how the situation is to be managed by the Trustee and the courts, to the extent the foreign Courts are directed, by their own conflicts rules, to apply the proper law of the trust (i.e. Maltese Law).

The relevant time for determining domicile is the time of the creation of the trust by the settlement of the property and any changes in the domicile of the settlor subsequently taking place will not affect the disposition(22).

In order to avoid the possibility of “public policy” arguments arising in the context of foreign domiciliaries using trusts in Malta – whether governed by Maltese or foreign law – Article 6(4) states clearly that the Maltese Civil Code provisions prohibiting entails (*fideicommissum*) do not prohibit the creation or recognition of trusts. Article 6(5) then addresses another public policy issue relating to the transfer of an inheritance and the invalidity of post-death dispositions by any instrument other than a will. Article 9(16) disapplies the provisions in Maltese law relation to the invalidity of fiduciary dispositions and discretions in wills.

There are other important “public policy” waivers in the Civil Code is so far as they would apply to Maltese domiciliaries, based on the applicable law in terms of private international law principles. On example, for instance, is the clarification that the rule in the Maltese Civil Code on the effects of contract being limited to the parties(23), does not negatively impact on the rights of the beneficiary of a trust. All these rules ensure that trusts will be able to operate in the same manner that they generally operate in English law, subject always to the mandatory provisions relating to identified areas which have been given prevalence.

Types of trusts

One of the most important developments in the revised law is the acceptance of all modes for the creation of trusts, in particular by oral declaration. This is critical for the integration of trusts within the legal system. Due to the difficulty of proving an oral trust because of the lack of tangible evidence, in case of doubt there is now a legal presumption that a relationship arising when assets are held by one person for another is one of mandate or deposit(24). In the light of the new provisions on fiduciary obligations, the holder of the property in such case will undoubtedly be treated as a fiduciary and important obligations will apply to him and important new remedies will be available to the owner of the property.

Constructive, judicial and resulting trusts are all recognized at law though it ought to be appreciated that the constructive trust under Maltese law will not be as powerful a tool in the hands of the Maltese Courts as it is sometimes perceived to be in English law. Constructive trusts are limited to context of a breach of trust and do not arise generally when a person acts in a fiduciary capacity and there appears to be the need for the trusts law infrastructure to strengthen remedies. The general law on fiduciary obligations has been strengthened through articulation in the Civil Code(25). The strong remedies in case of breach will apply to mandate, deposit and other fiduciary relationships, and fiduciary obligations can arise even as a result of mere behaviour, without the need for the relationship to be called one of “trust”.

The same can be said for resulting trusts. These arise in the cases mention in several articles of law(26) and should not arise in all the cases in which they arise in English law. The typical cases of resulting trusts in the matrimonial context will have no

Note:

(21) Maltese law used to do this in the Offshore Trusts Act but the relevant provision has now been deleted and it is only reflected in the rule on property in Malta which applies when the settlor is not domiciled in Malta and there are no such mandatory rules in his own legal system.

(22) See Article 6A(5), TTA and Article 958G(2), CC.

(23) See Article 1000, CC.

(24) See Article 7, TTA.

(25) See Articles 1124A and 1124B, CC.

(26) See for instance Articles 11(6) and 16(1), TTA.

place in Maltese law which has a detailed regime of community of acquests already in place and so, once again, there is no need to use “trusts” to achieve equitable results in cases where persons contribute to the acquisition price of property which is registered in the name of one spouse(27).

In the non-matrimonial context the Maltese Courts have regularly resorted to the institute of mandate to find ownership rights vested in mandators who are undisclosed because property is acquired by a mandatary or nominee (*prestanome*) in his own name without authority of the principal(28). In such cases the court orders the holder of the property to transfer it back to the principal and they will continue to do so without the need of the resulting trust concept.

Beneficiaries

Article 9 is a very important article relating to beneficiaries. This article has been revised substantially as it deals with many important and sensitive issues from a civilian perspective. Beneficial interest, and its status at law, is naturally a critical aspect of the institute and to it has been addressed in more detail.

Article 9(1) establishes that the beneficial interest is an entitlement “in or to the trust property”. The actual nature of this right is defined in the Civil Code in Article 958A where it is clearly established that this right is legally enforceable and is binding on third parties. The law does not seek to define it as a “real right” but indicates that it is of a hybrid nature by the use of “in or to [...] as the case may be”. This seeks to avoid the long standing academic debates while ensuring that the proprietary nature of the beneficial interest is indeed recognized as a matter of law when appropriate.

Sub-article (2) then confirms that beneficial interest is a right personal to the beneficiary and is determined by the terms of the trust. The heirs, spouse and creditors of the beneficiary have no rights to or in the trusts property except to the extent of the entitlement itself, which of course could be very tenuous as it may be subject to discretions or termination.

This article had already introduced important exceptions to Civil Code rules on beneficiaries under wills, in particular the right of persons “not yet conceived at the time of the settlement” to be beneficiaries even if they are not alive when the set-

tlor dies. The law now goes into much more detail into the discretions and powers of trustees in relation to the appointment of beneficiaries and property to them. This was necessary because of the abhorrence, in the Civil Code, to uncertainty and discretions in wills.

Sub-article (8) states that when a power is granted to a trustee to add a person as a beneficiary, such power will only be valid if such person is identifiable by name or forms part of a class of persons who are “reasonably individually identifiable”. This makes it impossible to have an open ended power without parameters as is the case in some trust laws and is akin to the English rule of administrative workability. The indication of the persons who can be added can be in the trust deed or in another written instrument signed by the settlor, whether binding or not on the trustee. Again the need for the written instrument indicates the trend in Civil Law to avoid open ended discretions. A person who can be appointed *under a power* is not a beneficiary until appointed and has absolutely no rights(29).

A discretion as to the distribution of trust property to beneficiaries is also valid and sub-articles (10) and (11) deal with this situation. While confirming that such a beneficiary has no rights to the property until a discretion is exercised in his favour, they also establish the beneficiary’s right to be properly and fairly considered by the trustee. When it comes to discretions, while the English position of wide discretions has been adopted, the statutory duty to inform beneficiaries that they are the objects of a discretion has been introduced.

As this area of law relating to discretions is probably the main point of conflict between the civilian approach and modern trusts practice, several prohibitory articles in the Civil Code on fiduciary dispositions in wills have been expressly disapplied for testamentary trusts(30).

Note:

(27) Indeed Article 2095A(1), CC specifically states that a trusts can only arise within a matrimonial context if in writing, avoiding the possibility of trusts arising orally or being established judicially in the context of matrimonial relationships.

(28) See for instance: *Vella v Vella* (1st Hall, Civil Court; 28.02.2003) – Reported in *Maltese Cases and Materials* [*supra*, note 15], p. 69.

(29) See Article 9(9), TTA.

(30) See Article 9(15), TTA.

Saggi*Failure of Trusts*

The grounds of failure of trusts in the old law were limited to illegality of a very serious nature. Now the rules have been aligned to the rules which apply to contracts and include unlawful *causa* (impossible, immoral, contrary to law or public policy) and vices such as error, fraud or violence(31). It also extends to other causes which invalidate legal acts according to law. The cases dealt with by the courts in this regard relate to violation of mandatory rules relating to acquisition of immovable property in Malta by non-residents(32). Trusts are not allowed to be used to circumvent such laws.

Protective Trusts

One of the aims of the new law was to support cases of disability as trusts provide a much better solution to such situations that have been possible under the Civil Law. The provisions on protective trusts have been extended further to ensure that assets under protective trust, when for the maintenance of the beneficiary or as a pension, enjoy immunity from garnishee in the hands of the trustee by third parties(33). Additionally the termination of the trust can be subjected to Court consent in such cases, thus avoiding the rules reflecting the principle in *Saunders v Vautier*(34). In case such trust are testamentary trusts, they can only be terminated with the Court's consent. To strengthen the legal situation in disability trusts a unique exception to the law on legitim has been introduced, disallowing a disabled beneficiary from claiming legitim against a trustee for his benefit and providing an option for the suspension of the right of legitim of other heirs to after the death of the disabled child. A disability is a state of mental or physical incapacity which hinders the person from sustaining his own livelihood.

Revocability of Trusts

Two new rules have been inserted on revocation of trusts to deal with possible ambiguities. Article 15(4) states that when trusts are settled by more than one settlor then they can be revoked only with the express consent of all settlors and Article 15(5) establishes the default rule that unless the trust is expressly stated to be revocable or capable of variation, the settlor may not revoke or vary the trust instrument.

Trustees and their Duties

More detailed regulation of trustee duties appears

in Article 21. The old obligation to "enhance" the value of trust property has been removed and the duty to safeguard trust property has been subjected to reasonableness and the express terms of the trust. This gives the parties the ability to reflect the realities of the particular trust, e.g. when the trust includes movable items, like paintings, which are to be enjoyed by the beneficiaries under loan(35). New powers to grant security over trust property and to place trust property into wholly owned and controlled subsidiaries of the trustee have been included. In such cases the duties and liability of the trustee remain unaffected.

The provisions prohibiting conflict of interest have been strengthened(36) and a trustee may not enjoy benefits under trusts of which they are sole trustee without prior authority of the court or the regulators. In case of express fixed trusts, only notification to the regulators is necessary and remuneration and indemnification is not treated as "benefit". These rules do not apply to trusts used in commercial transactions for obvious reasons. The transfer of property to another trust (under the same trusts or under bare trust for the trustee) is not caught by this rule and is treated the same as a transfer to a wholly owned and controlled subsidiary(37). This increases the administrative tools at the disposal of the trustee in managing the trust property in the interest of the beneficiaries.

On the duty to segregate, the law now clarifies that where the trust deed permits (and in all cases of fungible property, such as listed securities) the trustee may place trust property in common pools of identical assets in clients' accounts(38).

The duty of trustees to provide accounts to bene-

Note:

(31) See Article 11, TTA.

(32) See for instance *Andrews v Borg* (Court of Appeal; 31.10.2003) – Reported in *Maltese Cases and Materials [supra, note 15]*, p. 36.

(33) See Article 13(1)(d), TTA.

(34) See Article 17(3), TTA.
La sentenza *Saunders v Vautier* può leggersi in questa Rivista, 2004, 294 [n.d.r.].

(35) See Article 21(2), TTA.

(36) See Article 21(3)(c), TTA.

(37) See Article 21(6), TTA.

(38) See Article 21(5), TTA.

ficiaries has been made clearer(39). The concept of a “blind trust” where rights of information are suspended is now dealt with expressly in the proviso to Article 21(4).

Beneficiary Rights to Information

Article 29, relating to rights of information, has been substantially reviewed and expanded to make sure that access to information from trustees is unambiguous and as many persons as possible have the right to seek information. These include the Court, the settlor (subject to the terms of the trust saying so), the protector and any beneficiary. The right to information has been strengthened by a general obligation on the trustee to inform beneficiaries of their entitlement, in writing, within a reasonable time of his accepting to act as trustee(40). This applies even to beneficiaries subject to a discretion and even to persons forming part of a class of beneficiaries who may enjoy property under the trust. There are no rights of information for persons who may be appointed beneficiaries in terms of a power granted to the trustee(41).

It was recognised, however, that there could be cases where the provision of information would have to be controlled. Article 21(3) states that the terms of the trust may expressly determine when and how beneficiaries are to receive information about their entitlement under a trust. Furthermore Article 21(4) states that in the case of a discretionary trust, the trust instrument may suspend the duty to inform such beneficiaries of their entitlement until a discretion in their favour is actually exercised, but if the deed prohibits notifying beneficiaries of their potential entitlement under a trust, including that they form part of a class, then such prohibition shall be valid until the settlor dies. After the settlor dies the trustee must inform all beneficiaries, including those who form part of a class, of their entitlement.

Article 29(10) makes it clear that the suspension of the duty to inform beneficiaries of their entitlement shall not reduce the rights of beneficiaries to be fairly considered or the liabilities of the trustees towards such beneficiaries in terms of the Act.

Court Powers

Changes to the law have been made as the Civil Court in its voluntary jurisdiction is now given the role similar to that of the Chancery Courts in England and has very wide powers with regard to trustees and trusts. The remedy of “*restitutio in integrum*” is

expressly given to beneficiaries who are prejudiced as a result of bad faith on the part of the trustee(42). This adds to the constructive trust provisions and tracing remedies which already exist in cases of a breach of trust involving third parties in bad faith(43).

An interesting new power granted to the Court, following developments in England, is that in Article 37A(2) relating to the exercise of discretion under a trust where the beneficiary is a person domiciled in Malta and bound to pay maintenance to his/her family members. The court can intervene in the exercise of such discretion by the trustee to make sure that the obligor bound to maintain has enough funds to do so.

In cases where there is suspicion of money laundering, the trustee may ask for Directives(44) from the regulators as to what he is to do with the trust assets. This avoids a gap in the existing law which sometimes leaves “subject persons” in an impossible situation of not knowing what to do in such circumstances and being lumped with the assets while the authorities decide what to do.

Third Parties dealing with Trustees

That trustees are owners of trust property and are to be treated as such for all intents and purposes is clear. However the culture in some countries, particularly in Civil Law countries, to seek to verify authority and its limitations is real. In the new Maltese law there is clear evidence of an effort to overcome this sort of attitude and the revised Article 40 goes a very long way in this regard. Sub-article (4) introduces the concept of a certificate issued by the trustee containing basic representations on which a third party can rely. It is a crime for a trustee to make statements which are not true.

A related issue is addressed in the Civil Code in the context of legitimacy claims. Claims for legitimacy have the effect of blocking sales of property because under the law to date, a claim for legitimacy is to a share

Note:

(39) See Article 21(4) combined with Article 29 on rights of information of beneficiaries.

(40) See Article 29(3), TTA.

(41) See Article 29(11), TTA.

(42) See Article 37A(1), TTA.

(43) See Article 40A, TTA.

(44) See Article 38C, TTA.

S a g g i

of the estate in kind. This means that when such a claim is made property can only be sold with the consent of the legitimary which is very inconvenient and leads to unfairness. The Civil Code has just been amended⁽⁴⁵⁾ to state that the claim for legitim is a claim for money – a credit – against the estate which is consistent with the rule in the Trusts and Trustees Act under Article 6B(e) which applies to any claim for legitim made against a trustee: the trustee can always settle such a claim in money.

Article 958A(3) of the Civil Code states that a trustee can always sell property under trust and a claim for legitim does not hinder that ability in any manner. However a statutory trust is created in favour of the legitimary claimant and the trustee is bound to retain the sale proceeds of the property until the claim is decided or for five years from the date of death of the settlor. As the time bar for a legitim claim is of 10 years, if property is distributed to beneficiaries prior to such claim, the legitimary rights follow through and can still be made against the beneficiary, thus ensuring that trusts can never be used to circumvent a legitimary claim.

It is to be noted, once on the issue of legitim, that it is not possible to settle in trust a legitim. The legitim is a right to full ownership of property without any burdens or conditions and so placing the legitim in trust, other than purely for distribution and payment purposes, would be of limited value because the legitimary would be able to demand its immediate release. Article 6B(c) permits a trustee to meet such a claim in good faith without the risk of a claim for breach of trust.

Regulation of Trustees

New Articles 42 to 56 of the TTA introduce a new regulatory regime for trustees which is beyond the scope of this review. Some interesting points to note are the fact that there is a fast track system of notification for trustees who are already licenced as trustees in approved jurisdictions, that licences can cater for “own nominee” companies used by trustees in carrying out their duties to beneficiaries and that nominees (fiduciary mandates) and trustees of private foundations are treated as trustees subject to regulation. The Malta Financial Services Centre has substantial powers of regulation with regard to trustees who are caught by the provisions on prevention of money laundering like all other financial services providers.

The law also contemplates “private trustees” who are persons related to the settlor or having known him for more than 10 years. The law imposes a Notarial Procedure for these trustees and the trust, in such case, must be done by notarial deed appointing a depository notary who must maintain all trust documents and records of decisions, events and orders. This concept has been influenced by expectations by Italian operators to have some form of “registration” of trusts. As it is possible for professional trustees to use the Notarial Procedure even when it is not mandatory, it is expected that this will be attractive to Italian advisors. For the first time in Maltese Law a notarial deed need not be made public without the consent of the trustee or the order of the Court and in such case, the Notary can be expressly released from the obligation to register a Note of Reference stating that the settlor has executed a notarial trust deed, which is mandatory when private trustees act as trustees.

§ 2. Some Comments of the New Civil Code Provisions.

When reviewing the Trusts and Trustees Act, I have already referred to some parts of the Civil Code which have been amended to supplement the special law on trusts. The provisions I referred to are mostly of a general nature and have to do with basic legal principles relevant to the law of property.

Fiduciary obligations and mandates

Other amendments have been introduced in more specific contexts, particularly in the law of obligations. Of great relevance to the subject is the introduction of new provisions on “fiduciary obligations” of general application⁽⁴⁶⁾, and a new Article in the contract of Mandate which deals with fiduciary holding of property for others, the so called “prestanome”⁽⁴⁷⁾. These articles have established

Note:

⁽⁴⁵⁾ Act XIV of 2004 is another major law which reviewed the law of succession to eliminate the concept of illegitimacy and update the Civil Code. Among the changes are several important changes to legitim, rights of succession of spouses and co-ownership.

⁽⁴⁶⁾ See Article 1124A and 1124B, CC.

⁽⁴⁷⁾ See Article 1871A, CC. These provisions reflect some of the Italian Civil Code provisions on “mandato con rappresentanza” and have also kept in view the Swiss Civil Code provisions on fiduciary mandates.

clear private law rules for the carrying on of fiduciary services of a *non-trust type*, although these mandates are regulated in an identical manner as trustees. This should be attractive to persons wishing to receive such services without losing ownership of their assets or being bound by rules which hinder continuing control by the settlor of property. The risk of “sham” arguments arising is eliminated when the fiduciary relationship is one of mandate. Of course the benefits of a separate and distinct patrimony, blocked to the mandator’s heirs, spouse and creditors do not emerge for obvious reasons.

Trusts in particular contexts

The Civil Code was amended by the addition of a new title which seeks to cater for rules in specific contexts of marriage contracts, annuities and security. The provisions cater for specific rules which will allow trusts to be used consistently with the existing rules in the Code. In the case of security trusts completely new rules had to be introduced to make security trusts legally safe. Reference is made to the provisions attached to this article on these specific topics.

§ 3. Some Comments on the Amendments to other Laws.

Several other laws were amended as part of this project and I will make only a fleeting reference to some of them.

The Notarial laws were amended to ensure that trustees can register their title by reference to their status as trustee and also to create a new set of rules on notarial deeds of trust which are not accessible to the public in the ordinary manner as other public deeds. It is possible to create trusts by notarial deeds and have depository notaries appointed to maintain all records of the trust and these provisions are complementary to that sector.

The fiscal laws have been amended to avoid tax

evasion and avoidance through trusts but also to introduce a see-through regime so that beneficiaries are taxed where the trustee distributes or allocates income to them. In other cases the trustee pays the tax. The transparent regime now ensures that as far as possible there is no gain or loss on a fiscal level through the use of trusts. The issue naturally gets complicated when the trust is discretionary and there are rules for such cases as well. As tax is charged on the basis of the residence and domicile of the beneficiary, when the beneficiaries are not Maltese tax payers, Maltese fiscal law does not impose obligations on the trustee to pay tax in Malta, thus avoiding the situation where the beneficiaries effectively suffer tax twice. If tax is made at source, the see-through principles allow the double tax treaties to which Malta is a party to continue to apply as though the beneficiaries were the direct tax payers.

The Arbitration Act has been amended to allow arbitration agreements to be inserted in trust deed and wills.

§ 4. Conclusion.

The Trusts Law Project was a major project involving substantial discussion, research and drafting efforts. It is hoped that Maltese society will get the benefits of this new flexible institute in the private estate sector as well as in the financial sector. It is also hoped that Malta will become more attractive to non-resident operators who wish to use Malta as a base for trustee operations and to use Maltese law as the governing law of trusts. This is so especially in Civil Law countries in view of the fact that the Maltese law deals with Civil Law issues in a manner consistent with and sensitive to what their own private law will demand.

This is newly charted ground and we naturally look forward to future discussion on the subject which is a starting point and by no means an end product.

Saggi

The Liechtenstein Foundation: status and current development

di Heinz Frommelt

SUMMARY: § 1. The foundation based on the foundation law of 1926. – § 2. Formation of a foundation. – § 3. The organisation. – § 4. Beneficial interests. – § 5. Reform of foundation law. – § 6. The future of the Liechtenstein Foundation.

§ 1. The foundation based on the foundation law of 1926.

The Liechtenstein foundation is based on 19 Articles of the Persons- and Companies Law of 1926. Due to this Law the Principality of Liechtenstein endues an 80 years old tradition and experience in financial and trust business, wherein the foundation plays a major role and developed to one of the most important pillars of the Liechtenstein financial centre. Not without good reason. After all the Liechtenstein foundation is a – let me say – “multitalented” instrument for private estate planning.

There are two main characteristic aspects of the Liechtenstein foundation to be mentioned:

1. The liberality: the Liechtenstein Foundation Law is based on the principle of private autonomy and protects privacy. Basically every purpose is allowed if it's not unlawful or immoral.

The Liechtenstein foundation therefore especially is suited for private estate planning.

2. The supervision is influenced by the principle of private autonomy. State supervision only is applied if there is justifiable public interest. All foundations, which are not subject to the state supervision, are subject to a kind of private supervision, which is carried out by the Court, but only upon request of parties who have a legitimate interest.

By the way, there is specific evidence for the Liechtenstein foundation being an interesting and successful financial instrument which I would like to call your attention to: other jurisdictions took up the Liechtenstein Foundation Law as the basic standard in order to create their own Foundation Law. You will find this phenomenon for example in Liechtenstein's neighbouring country Austria or also in Panama. Of course the copying of a success-

ful system does not include the experience with it, if you let me say that for the purpose of surreptitious advertising.

However, let's go back to the Liechtenstein facts.

§ 2. Formation of a foundation.

The formation of a foundation is started usually by the beneficial owner of a foundation or a mandatory acting on behalf of the settlor/economic founder. After the first consultation of a Liechtenstein fiduciary the fiduciary advises according to the wishes of the founder how to set up the foundation. Usually the future purpose of the foundation determines how the foundation is set up, how the regulations are drafted etc.

Pursuant to Article 552 paragraph 1 of the Persons- and Companies Law the formation of a foundation is done through dedication of property for a particular named purpose. The Foundation as a so-called independent special-purpose fund is a legal entity without members or shares.

Therefore, it is of major importance to note that the settler (or founder) dedicates property to a legal entity, which is legally separated from him. The settlor's part virtually ends with the dedication and the setting up of rules and regulations concerning the organisation and the structure as well as and most importantly the purpose of the Foundation.

The purpose clause determines whether a foundation is viewed as an ecclesiastical, charitable or family foundation. The purpose, which is in most cases a family purpose i.e. the regulation of legal succession within a family may be reached through commercial or non-commercial activities. However, the primary aim of a foundation should not be to run a commercial business. As mentioned before, however, it is

Nota:

Heinz Frommelt è avvocato in Vaduz, Negele Sele Frommelt & Partner, Trust Enterprise.

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

allowed to reach a non-purely commercial purpose through commercial activities.

The family foundation is the speciality in Liechtenstein as about 90% of all foundations are family foundations. In these cases the foundation property is used for the benefit of family members be it that the primary purpose of the family foundation is the tying-up of family property only or be it that it is to bear the costs of education and study and / or the furtherance and support of family members. Unlike in other jurisdictions family foundations are not limited to one or two generations but may be perpetual.

Ecclesiastical foundations as well as pure and mixed family foundations and foundations whose entitled beneficiaries are specifically designated or at least definable acquire legal personality without being entered into the Public Register. In this case the signature of the formation documents virtually starts the existence of the foundation. Thereafter the formation documents i.e. especially the statutes have to be deposited with the Public Register only. Other foundations come into existence when entered into the Public Register as Foundation Register (Art. 557 PGR). As mentioned before most of the Liechtenstein foundations are family foundations. Thus, most of the foundations are not entered into the Public Register but are deposited with the Register. If asked for by specifically designated and entitled people (insiders) e.g. the members of the board of foundation, the Public Register will issue an official confirmation of the existence of the foundation pursuant to the deposited documents.

Last year the Liechtenstein Supreme Court caused a stir when it denied the existence of a foundation due to the fact that the foundation's purpose had not been sufficiently determined by the founder himself, but only by the board of the foundation. Though the Supreme Court rescued the foundation's life by taking into account the protection of confidence, the basic problem revealed by the Supreme Court couldn't be solved.

The main questions here are, how exactly the foundation's purpose is to be determined within the main statutes and who is entitled to substantiate the purpose within the by-laws/regulation, i.e. to determine the beneficiaries respectively the class of beneficiaries. Standard statutes of Liechtenstein foundations usually provide the board of foundation with comprehensive powers, i.e. the free power to appoint or recall beneficiaries without any visible basic

guidelines deriving from the founder, or the power to change the foundation's purpose at any time. Commonly there are of course at least informal guidelines which are subject to a letter of wishes of the founder/settlor (discretionary foundation), or the Board of foundation acts in accordance to the founder's instructions according to a so called mandate agreement, – but – there is obviously discrepancy between the foundation's formal and material form of appearance, or – you could also say – between daily business and written law.

It seems that for this reason the Liechtenstein Supreme Court adjudicated, that minimal guidelines on how to apply the funds of a foundation are to be determined by the founder/settlor himself i.e. at the formation of the foundation. The result of this judgement principally conforms to the foundation's nature. That's why – in my opinion – this line should be followed in the future more consequently, if we really want to strengthen the foundation for the future on a long-term basis.

§ 3. The organisation.

The representative and executive force of the foundation in the limits set by the purpose, the statutes and/or the by-laws/regulations is the board of foundation. At least one board member has to be a specially qualified Liechtenstein citizen i.e. a lawyer or fiduciary.

The founder/settlor of the foundation as well as the board of foundation may according to the statutes appoint other bodies like auditors, a supervisory board, a protector etc. with designated powers. Auditors are not mandatory as there is no obligation for balance sheets or profit and loss accounts to be produced. Only accounts of the assets (*Vermögensaufstellung*) have to be produced internally i.e. for the file of the lawyer or fiduciary.

The minimum capital of the foundation is CHF 30'000.—. The tax is 0.1% degressive of the capital and reserves but in any case a minimum of CHF 1'000.— per year has to be paid. The formation fee is 0.2% of the capital, but always a minimum of CHF 200.— with deposited foundations and 3.0% or a minimum of CHF 900.— with registered foundations. The registration fee is CHF 450.—.

Contrary to the Establishment/*Anstalt* the settlor in principle loses its influence with the formation of the foundation. But, there may be an exception if so

Saggi

provided for by the settlor/founder himself in the statutes. In this case, however, and with the existence of such founder's rights the danger arises that the whole construction of the foundation could be viewed by local authorities of the settlor's residence as being a sham which would then consequently destroy the very existence of the foundation and make the whole construction useless. That's why in most cases there is no evident influence of the founder/settlor after the formation of the foundation.

While its for this very reason not a good idea to incorporate founder's rights, founder's rights do exist in practice and the Supreme Court has taken up some important issues with respect to founder's rights.

Founder's rights are understood as rights to intervene, which the founder may reserve to himself in the statutes, e.g. to change the purpose, to amend the statutes or even to revoke the foundation. The rights entitles the founder to exert influence on the foundation after its establishment.

In this context I would like to point out the following aspects:

First: Usually – as I told you with respect to our case study – foundations in Liechtenstein are established by a fiduciary. Thus, the trustee figures formally as founder/settlor and the true founder remains in the background. This constellation raises questions regarding the relationship between the legal founder (fiduciary) and the true or economic founder (settlor). For example:

- If there are rights reserved in favour of the founder, who is the entitled person, the legal or the true founder?
- What kind of legal relationship exists between the legal and true founder? Is it a trusteeship or a mandate?

Unfortunately even the courts couldn't answer these questions to a general contentment, rather to the contrary. Especially one decision of the Supreme Court of 2001, whereupon only the legal founder/settlor shall be relevant, in my opinion was not a good solution. The true founder/settlor should not be faded out. In this case one ignores the fiduciary aspects of financial business in Liechtenstein, what is hardly justifiable if one takes a look into the law on trust enterprises which is applicable to foundations too. There you can find provisions concerning the rights of the "indirect founder/settlor", which means nothing else than the true or economic founder/settlor.

The second point in this context concerns the legal nature of founder's rights. Until a few years ago the courts had been of the opinion, that founder's rights are assignable and inheritable. The newly manned Supreme Court is convinced of the opposite and proclaimed the individual and not assignable nature of the founder's rights.

§ 4. Beneficial interests.

The determination of the beneficiaries will usually be done in a separate regulation or by-law of the board of foundation. Beneficiaries and their beneficial interests may either be nominated in the regulation itself (fixed beneficiaries) or only a certain class of persons is nominated within the by-laws/regulations (discretionary beneficiaries). Out of this class of persons, the board of foundation appoints certain persons to whom specific beneficial rights may as a whole or in part be granted. This so-called discretionary foundation grants to the board of foundation wide powers which then – subsequently – may act at its full discretion. This full discretion is limited only by a so-called letter of wishes (mostly of the founder/settlor) in which the founder/settlor determines how he would like the discretion of the board of foundation to be used, who should get the beneficial interests and when and how. The discretionary foundation is rarely used. In this case the purpose of the discretionary foundation which functions like a discretionary trust separates the foundation totally from its settlor.

The foundation with fixed beneficiaries is the most widely used of all Liechtenstein foundation forms. It is separating the settlor from his assets while still keeping an influence on the assets. The founder/settlor will be the first beneficiary most of times. After him his wife, friend or legitimate or illegitimate children may be second or third beneficiaries. In the event that such beneficiaries pass away his/her descendants shall usually take his/her place at equal rights per stirpes. Should any of these beneficiaries pass away without leaving descendants his/her rights shall pass over to the remaining beneficiaries etc. In this way a family may be in the position to tie up the family assets for generations.

The influence of the first beneficiary may be varied to quite some extent. It has to be kept in mind, however, that influence on the one side is contradictory to a maximum separation from the settlor's

assets on the other side. If influence is wanted then one might view the relationship between the founder/settlor and/or first beneficiary to the Liechtenstein member of the board of foundation as being a fiduciary relationship between the Liechtenstein lawyer/fiduciary and the founder/settlor/beneficiary. In this case the Liechtenstein lawyer/fiduciary has to follow the instructions of the settlor. In most cases this latter construction leads in practise to steady instructions from the founder/settlor/beneficiary to the lawyer/fiduciary.

With respect to cost one may say that in general a foundation does not cost as much as other actively doing business companies as the fiduciaries and lawyers services will in most cases where only assets have to be administered (something which might be done by someone else than the Liechtenstein lawyer/fiduciary, of course) be at an absolute minimum.

§ 5. Reform of foundation law.

Because of the problems mentioned before the Liechtenstein Foundation Law is currently about to be revised. Therefore, I would like to present to you an overview of the points about to be revised, which seem to me being the most important ones. I also will show the changes, which we might have to face especially with regard to the potential effects on the day-to-day administration and/or the fiduciary structure of foundations from the point of a practitioner's view.

My statements will be based on the so-called consultation report issued by the Liechtenstein Government on 15 June of this year. Within the consultation period interested persons or associations as the Liechtenstein Lawyers Chamber or the Liechtenstein Fiduciary Association for example may participate in the legislation procedure and comment on the governmental draft. The period of consultation will expire by the end of October. I, therefore, do not know at the moment how the definite reform, which will become effective, will be, but it is possible to anticipate what may be expected.

In general – and that's a quite important basic information – we need not to fear a revised Foundation Law. The revised foundation law will not result in any restrictions of the typical and unique character of the Liechtenstein foundation. This is as the Government has pointed out within its consultation

report the main intention which is to strengthen the foundation especially by smoothing legal uncertainty raised by contradictory court decisions of which we heard some examples and extensive interpretation of the law in practice.

I spoke about the problems which arise out of the unlucky court decisions by the Liechtenstein courts with respect to the determination of the purpose of a foundation.

Well, the Government is aware of this problem it is thus also subject to the consultation report. In principle the Government is of the opinion that the minimal guidelines on how to apply the funds of a foundation are to be determined by the founder himself. This means that the government is of the opinion that it must be the founder's original and sole right which determines the purpose of the use of the foundation's funds. In the future it is also solely the founder/settlor which determines the beneficiaries or at least the class of beneficiaries. It is now the quite difficult task of the legislator to transform this issue in the written law taking into account the legitimate interests of the financial business. This means it is up to the legislator to find a balance between giving the founder/settlor and solely the founder/settlor the right to determine the purpose in an enough detailed and practicable way on the one side and to let the board of foundation enough space still to react flexible on demands of the beneficiaries on the other side.

The next important topic that led to different judgments too, concerns the founder's rights. The current revision of the Foundation Law, therefore, addresses these questions in order to find clear regulations.

Pursuant to the governmental consultation report the Government thinks that neither the one nor the other extreme position i.e. whether founder's rights are always assignable or alternatively never assignable is sensible and of use. Rather the government says that one should seek a differentiated and sophisticated solution taking into account the substance of different rights. The main question in order to decide whether founder's rights are assignable or not should be, whether the right entitles to change the foundation fundamentally (purpose, class of beneficiaries), or not. If yes, the right should only be reserved to the founder himself and not be assignable. Otherwise a foundation could be alienated from the founder's original will, even after his demise. – If not, then the

S a g g i

right could be assignable to some extent. While I think this to be a sensible approach a solution must be found with respect to this issue, which keeps up the foundation's nature as a flexible instrument bound to pursue private estate planning and be safe for the founder and the rights and interests of the beneficiaries at the same time.

If the legislator also takes into consideration to give the founder the possibility of delegating or assigning his rights to a special body of the foundation which would be entitled to execute the rights on behalf of the founder or on a fiduciary basis, it must be an indispensable precondition that this body only acts in accordance with the instructions of the founder. Furthermore and in any case the founder's rights must fall with the decease of the true founder.

As already mentioned in the beginning, the Liechtenstein Foundation Law differs between foundations which are subject to state supervision by the Government and such which are subject to some kind of a private supervision by the court. The latter is applied only upon request of parties who are able to put forward legitimate interest.

Even though today's law already provides for state supervision, it is a matter of common knowledge, that this supervision nearly was inexistent in the past and "kept the pot boiling". This might relate to the fact, that more than 95% of all Liechtenstein foundations are not subject to state supervision, because they serve private, especially family purposes and therefore are excluded from state supervision by law.

In the consultation report there are obvious intentions to strengthen state supervision of foundations beyond today's supervision, if there is a legitimate public interest to control the actions of such foundations. This in particular will affect charitable foundations. Under current law charitable foundation can avoid state supervision if the beneficiaries are clearly determined.

The Government already made clear its will to reinforce state supervision, e.g. by employing a person to deal with this matter.

Finally I would like to point out shortly that today's legal provisions concerning the termination and liquidation of foundations can't really be considered of being clear. The result of this again are contradictory court decisions and legal uncertainties. The current revision picks up this problem by following the Austrian Private Foundation Act, wherein the termination of a foundation is object to clear

regulations and under certain conditions depends on a constitutive resolution of the board of foundation.

§ 6. The future of the Liechtenstein Foundation.

What can be expected from the current revision of the Liechtenstein Foundation Law?

- First of all, the Government expresses its view, that the Liechtenstein Foundation shall be reinforced especially by smoothing legal uncertainties in order to support and improve the international recognition of the foundation as legal entity.

- This goal shall be reached without eliminating the typical and attractive attributes of the Liechtenstein Foundation.

- Nevertheless the existing legal uncertainties must be eliminated, because they provoke doubts and fears about what might happen in the future and therefore harm the foundation in general.

- Furthermore the current discussion about determination of the purpose of a foundation reveals potential discrepancies between law and business practice, particularly concerning the question, what rights may be assigned to the board of a foundation and what rights can be reserved exclusively to the founder. The opinions are divided. As I already told you, in my opinion the minimum guidelines about how to apply a foundation's funds must derive from the founder in any case. This does not exclude the possibility to establish discretionary foundations, which means, that the founder just determines the purpose of the foundation in general as well as the class of beneficiaries, and at the same time delegates to the board of foundation or another body the right to appoint and recall beneficiaries within the framework of his guidelines. After all commercial custom has been tending too much to an extensive interpretation of the law and now faces a certain modification.

- None the less the legislator of course must be aware that all amendments – as necessary as they might be – must not restrict the typical flexibility of Liechtenstein Foundations in principle. On the other hand unnecessary "super-flexibility" is to the disadvantage of legal certainty and weakens the foundation on the long term, what – as a consequence – would not serve our clients' legitimate interests and justified confidence in the Liechtenstein financial centre.

Before I close my speech let me take this opportunity to end one of the most popular fairytale about the Liechtenstein Foundation. The saying goes that the Liechtenstein foundation is a perfect vehicle for money laundering and that Liechtenstein is the perfect place to be to do just that. That's nonsense. Money laundering is an international, not a Liechtenstein-based problem and least of all a problem of our Foundation Law. Prevention of and the fight against money laundering do not depend exclusively on the type or form of a legal entity.

Rather relevant are special legal provisions on due diligence as well as international standards regarding the KYC (know your customer) principle. Liechtenstein fulfils all these international standards. And last but not least, Liechtenstein also improved its legal provisions on mutual legal assistance in criminal matters in 2000 and therefore is a reliable partner in fighting money laundering and organised crime. Liechtenstein also entered into a mutual legal assistance agreement with the U.S.A.

Intavolazione del diritto di proprietà del trustee

Italia – Tribunale di Trento

Trust – trasferimento a “trust company” di immobili iscritti nei registri tavolari – ordine di intavolazione

Tribunale di Trento, Sezione Distaccata di Cles, L. Battistella, Giudice Tavolare, 7 aprile 2005 [Fabrizio Sertori]

In presenza di un atto istitutivo di trust e dell'atto mediante il quale il disponente trasferisce ad una trust company beni immobili sottoposti al regime tavolare, può essere ordinata l'intavolazione del diritto di proprietà del trustee e l'annotazione della costituzione in trust.

Testo del Decreto Tavolare

Il Giudice Tavolare del Tribunale di Trento
Sezione Distaccata di Cles

Letta la domanda presentata il 22 dicembre 2004 dal dott. Fabrizio Sertori, notaio in Bologna,

a favore di

Sofir Trusts Company S.R.L. sede di Bologna 02117941209, Via Ugo Bassi 7,

contro

B. M., nata a ..., il ... ed ivi residente in Via ...

visto

- Il contratto costitutivo di trust di data 12 febbraio 2004, registrato a Bologna il 19 febbraio 2004 al n. ...

- L'atto di trasferimento di beni immobili a favore del trustee di data 13 febbraio 2004 rep. n. ... notaio Sertori, registrato a Bologna il 26 febbraio 2004 al n. ...

- La legge 16 ottobre 1989 n. 364 “ratifica ed esecuzione della convenzione sulla legge applicabile ai trust e sul loro riconoscimento, adottata a L'Aja il 1° luglio 1985”.

- Il decreto tavolare del Giudice Tavolare del Tribunale di Trento Sezione Distaccata di Cavalese sub G.N. 127/2004.

- La legge tavolare

ordina

in P.T. 790 c.c. Dimaro, p. m. 1 della p. ed. 386:

a) sulla quota di 1/2 di B. M., l'intavolazione del diritto di proprietà per:

“SOFIR TRUSTS COMPANY S.R.L.”, con sede in Bologna con 1/2;

b) a carico della quota di 1/2 della società “SOFIR TRUSTS COMPANY S.R.L.”, con sede in Bologna, l'annotazione della costituzione in trust ai sensi dell'art. 11 della L. 368/89 e dell'atto istitutivo di trust dd. 13 febbraio 2004.

La notifica a:

1. Notaio Sertori Dott. Fabrizio sede di Bologna, Piazza San Domenico 9, 40124 Bologna, BO.

2. Ufficio Del Catasto Fondiario sede di Malè, Via Trento 40, 38027 Malè, TN.

Nota:

Riproduciamo il testo del decreto tavolare dal suo originale.

Il decreto tavolare del Giudice Tavolare del Tribunale di Trento, Sezione Distaccata di Cavalese, può leggersi in questa Rivista, 2004, 573.

Sequestro conservativo a carico del trustee

Italia – Tribunale di Velletri

Trustee – pagamenti ai beneficiari in eccesso delle loro spettanze – illegittimità – conformi richieste dei beneficiari – irrilevanza
Richiesta al trustee da parte del guardiano e dei beneficiari del trust di far fronte a spese voluttuarie e superflue – depauperamento del patrimonio in trust – responsabilità del trustee – sequestro conservativo

Tribunale di Velletri, P. De Cinti, 7 marzo 2005 [A. e A. C. S. c. A. F., con l'intervento del trustee]

Le giustificazioni del trustee in merito all'erogazione delle spese su sollecitazione o con ratifica dei beneficiari o del guardiano non lo esimono da responsabilità e dimostrano invece la sua inadempienza alla finalità essenziale del trust, quando esso consista nell'assicurare la salvaguardia dei beni conferiti nell'interesse degli stessi beneficiari.

I beni in trust devono essere protetti anche dalle aggressioni dei beneficiari.

Sommario

A seguito del completo depauperamento, in poco più di due anni e mezzo, del fondo di un trust, i due beneficiari proponevano ricorso al Tribunale di Velletri, chiedendo che fosse ordinato in via d'urgenza al trustee di consegnare copia dei documenti del trust e fosse autorizzato il sequestro conservativo mobiliare e immobiliare sui suoi beni, indicando nell'azione di rendiconto e di danni gli oggetti dell'instaurando giudizio di merito.

Costitutosi in giudizio, il trustee non contestava la carenza di patrimonio del trust, ma si difendeva asserendo di aver utilizzato il fondo del trust ad esclusivo vantaggio dei beneficiari e del guardiano (madre dei beneficiari), dal quale tra l'altro aveva più di una volta ricevuto ratifiche del proprio operato e al quale soltanto l'atto di trust lo obbligava a fornire il rendiconto della gestione del trust.

Nel corso del giudizio cautelare interveniva adesivamente il nuovo trustee, che infruttuosamente aveva richiesto al precedente i documenti inerenti la gestione del trust in quanto

aveva necessità di difendersi dalle azioni giudiziarie intraprese da creditori del trust e, in via principale, chiedeva la consegna della documentazione del trust.

In parziale accoglimento del ricorso, il tribunale di Velletri:

- riteneva che le giustificazioni del trustee in merito all'erogazione delle spese su sollecitazione o con ratifica dei beneficiari o del guardiano non potevano esimerlo da responsabilità, dimostrando invece il suo inadempimento alle finalità del trust, consistenti nella salvaguardia dei beni del fondo in trust dalle eventuali aggressioni del trustee, di terzi creditori nonché dagli stessi beneficiari;

- ordinava pertanto il sequestro mobiliare e immobiliare sui beni del trustee, rilevando la mancanza di suoi affidabili cespiti immobiliari e alla variabilità della sua consistenza finanziaria;

- rigettava la domanda dei beneficiari volta ad ordinare al vecchio trustee la consegna di copia dei documenti, in quanto l'atto di trust prevedeva a carico del trustee il dovere di consegnare annualmente al guardiano, e non ai beneficiari, l'inventario dei beni in trust, unitamente ad una relazione sull'amministrazione;

- rigettava la domanda del nuovo trustee volta ad ordinare al precedente trustee la consegna dei documenti relativi alla gestione del trust: pur ammissibile la domanda (in quanto l'atto di trust prevedeva che in caso di successione del trustee colui che è sostituito è tenuto a consegnare qualsiasi atto e documento in suo possesso che abbia attinenza con il trust o i beni in trust), il Tribunale non ravvisava il pericolo di un pregiudizio imminente e irreparabile richiesto dall'art. 700 c.p.c., paventandosi

documenti di natura patrimoniale, comunque risarcibili per equivalente.

(G. C.)

Testo dell'Ordinanza

Tribunale di Velletri

Il Giudice

Sciogliendo la riserva:

rilevato come il ricorso per sequestro conservativo sia motivato, quanto al fumus boni iuris, con il depauperamento del patrimonio del trust "Figli di ..." istituito con atto del notaio Luigi Francesco Riso di Genova dell'11-7-2000, passato in poco più di due anni e mezzo da £ 10.000.000.000 di attivo ad un passivo di € 271.000,00, con il rifiuto dell'avv. F., nominato trustee, di rendere il conto della sua gestione nonché con l'estraneità di buona parte dei movimenti sui conti bancari intestati al trust alla gestione del trust stesso;

rilevato come, a fronte di ciò, l'avv. F., costituendosi, non abbia contestato la carenza di liquidità del trust nell'anno 2004, imputando, peraltro, le spese alla volontà dei beneficiari, attuali ricorrenti, nonché del c.d. "guardiano" del trust e cioè, per designazione dell'atto istitutivo, gli attuali ricorrenti e la madre degli stessi, A. T.;

che, in particolare, l'avv. F. evidenziava come la somma di € 5.453.568,90, pur uscita dalla cassa del trust, fosse stata, in gran parte, spesa per soddisfare il regime di vita, le stravaganze, le corti ed i passatempi

Nota:

Riproduciamo il testo dell'ordinanza dal suo originale.

Giurisprudenza

degli attuali ricorrenti e della loro madre nonché per le spettanze dei professionisti incaricati, su sollecitazione dei suddetti, e non per volontà dell'avv. F., di intraprendere iniziative giudiziarie nei confronti di A. C.;

che, conseguentemente, la mancata fatturazione di molte voci dipende essenzialmente dalla tipologia di spese erogate a percettori "che per la loro intima e particolare peculiarità... non possono fornire fattura";

che, costituendosi a sua volta, la sig.ra T. confermava quanto sostenuto dal resistente riconoscendo che le spese di cui si chiedeva ragione all'avv. F. erano state volute, pretese, decise e ratificate da ella stessa e dai suoi figli;

che, ancora, si costituiva il trust "Figli di ..." in persona del nuovo trustee, la Trust s.r.l., lamentando come l'avv. F., all'esito della revoca dall'ufficio di trustee, non avesse fornito al nuovo incaricato "alcuna documentazione a supporto dei movimenti e dei flussi di cassa del trust";

rilevato come, a tenore dell'atto istitutivo cui prima si è fatto cenno, scopo essenziale del trust sia quello di garantire la disponibilità ai beneficiari dei beni, mobili ed immobili, apportati al trust sottraendoli, sino al compimento dell'età di 35 anni dei beneficiari, alle eventuali iniziative dei creditori sia del trustee che dei beneficiari nonché sancendo l'intrasferibilità dei diritti spettanti ai beneficiari ed inibendo agli stessi di conferire deleghe o procure per l'esercizio dei diritti a loro spettanti;

che, pertanto, la funzione dei trust è sostanzialmente quella d'assicurare ai beneficiari la salvaguardia dei beni conferiti nello stesso sottraendoli alle eventuali aggressioni del trustee, di terzi creditori nonché degli stessi beneficiari sino al compimento, da parte loro, dell'età prevista;

che, infatti, "il reddito del trust, assolto ogni costo inerente il trust, è, a discrezione del trustee, accumulato nel trust o distribuito ai beneficiari o in parte accumulato e in parte distribuito" essendovi un obbligo di devoluzione al beneficiario solo in presenza di "ragioni di studio, malattia o di sopravvenute difficoltà nella vita ordinaria", fatta salva, coerentemente con la finalità del trust, la tutela delle ragioni dei beneficiari;

che, altresì, la funzione di salvaguardia del trustee è avvalorata dal tenore dell'art. 30 dell'atto istitutivo laddove gli si fa

obbligo di compiere ogni attività necessaria per tutelare la consistenza fisica dei beni in trust nonché dell'art. 33 ove si prescrive che il trustee deve curare l'investimento delle somme di denaro "in forme che diano un alto grado di sicurezza della restituzione del capitale";

ritenuto, pertanto, come le giustificazioni dell'avv. F. in merito all'erogazione delle spese su sollecitazione e con ratifica dei beneficiari o del "guardiano" non lo esimano da responsabilità dimostrando, invece, la sua inadempienza alla finalità essenziale del trust e cioè, si ribadisce, quella d'assicurare la salvaguardia dei beni conferiti nell'interesse degli stessi beneficiari;

che, infatti, acconsentendo all'erogazione di spese voluttuarie che hanno inciso profondamente sulla disponibilità finanziaria del trust, a nulla rilevando che esse fossero richieste dagli stessi beneficiari o, peggio ancora, dal "guardiano", il resistente ha colpevolmente mancato a quello che era il suo primario dovere di garante della solidità finanziaria del trust cui era preposto;

che, oltretutto, l'avv. F. ammette che parte delle somme erogate siano andate a beneficio del guardiano in palese spregio degli artt. 42 e 43 dell'atto istitutivo ove è prevista la distribuzione del reddito esclusivamente in favore dei beneficiari;

ritenuto come già solo sotto tali profili si evidenzia la fondatezza dell'instauranda azione di merito;

rilevato, altresì, come l'iniziativa nei confronti dei coeredi C. abbia determinato la decadenza dalla condizione di beneficiari degli attuali ricorrenti, essendo, quindi, l'avv. F. venuto meno anche in tal senso ai doveri del suo ufficio di tutela degli interessi dei beneficiari;

ritenuto, poi, quanto all'ulteriore profilo del periculum in mora, come, potendo tale requisito ricorrere in presenza della possibilità puramente potenziale di un depauperamento patrimoniale del debitore correlata alla composizione del patrimonio stesso, la mancanza d'affidabili cespiti immobiliari, essendo l'avv. F. proprietario solo di un fondo peraltro gravato da un'ipoteca, nonché la variabilità della consistenza finanziaria dello stesso, come confermato dai numerosi protesti d'assegna anche d'importo non rilevante, concretano il requisito richiesto;

ritenuto come, in tale ottica, alcun rilievo assuma il successivo pagamento degli

assegna protestati ribadendo, la circostanza, la mancanza di una costante stabilità nel tempo del patrimonio del resistente;

che, pertanto, si ravvisano le condizioni per la concessione della richiesta misura cautelare, anche alla luce del disposto dell'art. 10 della Legge 218/95 di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato;

che, da ultimo, non è prescritta, coerentemente alla natura sommaria del provvedimento, l'indicazione dell'ammontare del credito per il quale la misura cautelare viene autorizzata (Cass. 7218/97);

rilevato, riguardo alla concorrente istanza ex art. 700 c.p.c. avanzata dai ricorrenti nonché, autonomamente, dall'intervenuta Trust s.r.l., come sia preciso dovere del trustee di consegnare annualmente al guardiano, e non ai beneficiari, l'inventario dei beni in trust, unitamente ad una relazione sull'amministrazione;

che, invece, in caso di successione di trustee, come nella specie, colui che è sostituito è tenuto, in particolare, "a consegnare qualsiasi atto e documento in suo possesso che abbia attinenza con il trust o i beni in trust" ponendo "in essere senza indugio ogni necessario atto per consentire al nuovo trustee di esercitare i diritti spettanti al trustee sui beni in trust (art. 36 dell'atto istitutivo);

che, peraltro, in entrambi i casi non si ravvisa il pericolo di un pregiudizio imminente ed irreparabile richiesto dall'art. 700 c.p.c., paventandosi, infatti, nocimenti di natura patrimoniale, comunque risarcibili per equivalente;

che, infatti, i ricorrenti giustificano la richiesta di tutela d'urgenza con la necessità di controbattere efficacemente ai pignoramenti posti in essere dall'avv. F. C. in danno del trust oltre che con l'esigenza di attivare azioni di recupero nei confronti dei destinatari dei pagamenti effettuati con denaro del trust stesso;

che, parimenti, l'attuale trustee, al medesimo scopo, adduce l'esistenza di pignoramenti nonché di giudizi in corso;

P.T.M.

autorizza il sequestro conservativo sui beni mobili, anche presso terzi, ed immobili in danno dell'avv. F.;

rigetta le domande di provvedimenti d'urgenza;

fissa il termine di 30 giorni per l'inizio del giudizio di merito.

Trust per agevolare un concordato preventivo

Italia – Tribunale di Parma

Società in liquidazione – concordato preventivo – trust – omologazione

Tribunale di Parma, B. Stellario, Pres., P. Liccardo, F. Mambone, 3 marzo 2005 [... Santa Rita ... in liquidazione]

Può essere omologato il concordato preventivo di una società in liquidazione, nel quale sia prevista l'istituzione di un trust con trasferimento al trustee di beni da impiegare, in quanto risulti necessario, per la soddisfazione dei creditori, rappresentando ciò il migliore interesse per gli stessi creditori.

Il trust assicura margini di certezza nella soddisfazione dei creditori superiori rispetto a quelli tipici della semplice offerta di beni da parte di terzi; l'istituzione del trust consente di superare le incertezze interpretative connesse al concordato misto, alle modalità della sua attuazione e soprattutto alle problematiche legate alla trascrizione; infine, assicura una meritevole composizione degli interessi coinvolti nella procedura.

Testo della Sentenza

(omissis)

Causa civile iscritta al n. ... e posta in decisione sulle seguenti conclusioni:

Per la società ... Santa Rita ... in liquidazione:

“Voglia il Tribunale Ill.mo, contrariis reiectis, previe le declaratorie del caso di legge, omologare il concordato preventivo proposto dalla ... Santa Rita ... in liquidazione con ricorso del ..., depositato presso la Cancelleria del Tribunale di Parma in data ..., dato atto che, al fine di consentire il raggiungimento di una percentuale superiore alla misura minima prevista dalla legge, i componenti del Consiglio di Amministrazione in carica alla data della delibera di scioglimento della società (Sigg. T. M., T. S. e U. L.), in quanto interessati al buon fine della procedura si sono dichiarati disposti ad assumere sacrifici patrimoniali come di seguito indicato.

I Sigg. T. M., U. L. e P. R. (coniuge

del liquidatore) hanno costituito apposito “Trust Concordato Santa Rita” con lo scopo di segregare il patrimonio immobiliare ivi conferito al solo fine di destinare il successivo ricavato della vendita dei beni alla soddisfazione della massa dei creditori per un valore di mercato in caso di compravendita complessivamente pari ad € 1.019.673,50 come da perizie di stima dell'Ing. F. S. nominato dal Tribunale di Parma.

La Sig.ra T. S. ha messo a disposizione l'importo onnicomprensivo di € 300.000,00, a mezzo idonea fideiussione bancaria (n. ... del ...) rilasciata dalla Banca di Roma s.p.a., da versarsi all'avveramento della condizione essenziale dell'omologazione del concordato preventivo”.

Per il Pubblico Ministero:

“Letti gli atti di causa, conclude per l'accoglimento della domanda attrice, consequenzialmente pronunciare sentenza di omologazione del concordato preventivo”.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso depositato il ... la ... Santa Rita ... in liquidazione, con sede in ... (PR), ..., in persona del suo liquidatore Sig. T. M. a ciò autorizzato, giusta deliberazione dell'assemblea straordinaria del ..., chiedeva di essere ammessa alla procedura, di concordato preventivo con cessione dei beni, a norma del disposto dell'art. 160, 2 comma, n. 2, l. fall., con annesso impegno di terzi alla devoluzione di patrimonio immobiliare di loro esclusiva pertinenza a garanzia del buon esito della procedura.

Con decreto del 27/04/2004 il Giudice Relatore richiedeva alcuni chiarimenti in merito al sopramenzionato ricorso, nella fattispecie: crediti oggetto di cessione pro-solvendo, valorizzazione del magazzino, debiti verso banche per mutui, crediti vantati dai professionisti, beni di terzi devoluti in concordato. La proposta

di concordato veniva, con istanza del 05/05/2004 integrata e migliorata rispetto alla domanda originale mediante opportuna risposta ai quesiti rivolti alla parte ricorrente.

Il Tribunale di Parma, preso atto di quanto sopra e del parere non favorevole del P.M., con decreto del 19/05/2004, dichiarava aperta la procedura di concordato preventivo, nominava Giudice Delegato il dott. Pasquale Liccardo e Commissario Giudiziale il dott. P. T., concedendo termine di otto giorni per il versamento delle spese di procedura e fissando l'udienza del 30/09/2004 per l'adunanza dei creditori. L'udienza del 30/09/2004 veniva rinviata al 19/10/2004.

Nel corso della procedura, la società ricorrente provvedeva a migliorare la proposta di concordato: in particolare, la proposta, caratterizzata dalla assoluta genericità dell'impegno assunto da terzi (familiari dell'amministratore della società), che manifestavano l'impegno a devolvere nella proposta concordataria beni personali al solo fine di garantire il buon esito della stessa, veniva specificata nella costituzione di un trust avente ad oggetto gli immobili devoluti, con nomina a trustee del Commissario Giudiziale.

La società ottemperava, nei termini di cui all'art. 163, 1 comma, n. 4 l. fall., al deposito della somma ritenuta necessaria dal Tribunale di Parma per le spese di procedura (Euro 300.000,00).

(omissis)

Nota:

Riproduciamo il testo della sentenza dal suo originale. L'atto istitutivo del trust relativo al concordato preventivo può leggersi in questa Rivista, 2005, 302.

Giurisprudenza**MOTIVI DELLA DECISIONE**

Il concordato preventivo che la società debitrice ha proposto con la domanda formulata in data ..., come ulteriormente integrata in atti in ragione delle memorie depositate in atti e della costituzione in garanzia del trust come da atto in data 18/10/2004, deve essere omologato ricorrendo i requisiti di legge.

(omissis)

2. Qualificazione della proposta di concordato.

Preliminare ad ogni successiva disamina, è la qualificazione della proposta di concordato, da ricondursi al concordato c.d. misto, costituito cioè da una cessione dei beni e dall'impegno al pagamento di una percentuale aggiuntiva rispetto al risultato della liquidazione, rinveniente dalla cessione di beni di un terzo, necessari al realizzo della percentuale concordataria (cfr. in termini, Trib. Milano, 06/06/1988 in Fall., 1988, p. 1151; Trib. Milano, 03/07/1986 *ivi*, 1986, p. 807).

Passando ad esaminare la sussistenza dei presupposti di cui all'art. 181 l. fall., che secondo la giurisprudenza più recente (Cass. 19/03/2004, n. 5562) debbono sussistere anche al momento dell'omologazione, si osserva che è indubbia la convenienza economica del concordato per i creditori. Nella relazione ex art. 180, terzo comma, l. fall. il Commissario Giudiziale, considerati tutti gli elementi a propria disposizione, ha così quantificato l'ammontare delle passività con valutazione che il Collegio condivide per i criteri adottati, per la metodologia specifica d'esame, per accuratezza nella ricostruzione storica delle poste di bilancio esaminate:

passivo privilegiato € 4.400.226,00

passivo chirografario € 4.292.164,00

accantonamento spese di giustizia € 300.000,00

La situazione patrimoniale accertata dal Commissario Giudiziale ha evidenziato:

a) il valore dei beni ceduti, con esclusione dei beni dedotti in trust di cui al punto successivo c) ammonta complessivamente ad € 4.358.653,00, così suddiviso:

- quanto ai beni immobili, la perizia dell'Ing. F. S. determina in € 1.936.000,00 il valore del complesso

industriale di pertinenza della società fallita, oggetto di possibili incrementi di valore in ragione del possibile mutamento di destinazione urbanistica dell'area;

- quanto al magazzino, costituito da nn. ..., oggetto di alienazione ex art. 167 l. fall. in ragione delle notorie condizioni di deperibilità economica, per l'importo di € 2.302.903,00 oltre IVA, importo per l'intero acquisito dalla procedura;
- quanto ai beni mobili, sono stati oggetto di stima da parte dell'Ing. S. F. per € 119.750,00;

b) la certezza delle garanzie offerte da terzi quanto a fideiussione a prima richiesta rilasciata da T. S., garantita da primario istituto bancario fino alla concorrenza di € 300.000,00;

c) il valore dei beni immobili devoluti dall'amministratore della società in concordato e dai suoi più stretti familiari, in trust ad ulteriore garanzia del buon esito del concordato, pari ad € 1.019.673,50.

Sul punto, nella doverosa sintesi della sede, come aggravata dalle contingenze dell'ufficio, osserva questo Collegio come dalla più attenta dottrina e giurisprudenza di merito sia stata largamente superata la tesi della contrarietà all'ordinamento Italiano del trust (ex multis, Trib. Milano, 27/12/1997; Trib. Lucca, 23/09/1997; Trib. Bologna, 18/04/2000; Trib. Bologna, 16/06/2000; Trib. Bologna, 01/10/2003), in ragione di una corretta interpretazione non solo della Convenzione dell'Aja del 1/7/1985, come resa esecutiva con la legge 364/1989, ma dei profili interpretativi innescati dalla sua piena operatività per l'ordinamento italiano, sia avuto riguardo alla causalità del trasferimento, da rinvenirsi correttamente nel collegato negozio istitutivo del trust, sia in ragione della configurabilità di negozi traslativi atipici, purché sorretti da una causa lecita, in ragione di una lettura estesa dei principi cui agli artt. 1324 e 1322 c.c. (ex multis Cass. 09/10/1991, n. 10612).

Nel caso in esame, il trust risulta caratterizzato:

a) dalla devoluzione di patrimonio immobiliare dell'amministratore della società nonché di suoi congiunti, avente ad oggetto piena ed esclusiva proprietà di villa familiare con annessa area di pertinenza e piena proprietà di appartamento, entrambi siti in ..., del valore indicato seppure in via prudenziale;

b) dalla nomina a trustee del Commissario Giudiziale della procedura, garantendo così alla procedura non solo la segregazione del patrimonio dedotto ma altresì la devoluzione delle somme ricavate dalla sua alienazione alla massa dei creditori;

c) dalla espressa indicazione delle finalità perseguite con il trust, ovvero sia la devoluzione di ogni ricavato dalla vendita degli immobili al soddisfacimento dei creditori in concordato.

L'utilizzo dell'istituto in esame assicura alla procedura margini di certezza maggiori rispetto a quelli originariamente formulati dalla parte ricorrente in concordato, con la mera offerta dei beni da parte dei terzi, non potendo agli stessi beni estendersi gli effetti "conservativi" degli artt. 167 e 168 l. fall., in quanto norme per loro stessa natura devolute alla conservazione del solo patrimonio concordatario: la costituzione del trust in esame consente di superare le incertezze interpretative registrate nel recente passato sul concordato misto e sulle modalità della sua attuazione (il richiamo d'obbligo è alle problematiche relative alla trascrizione ex art. 2649 c.c.) assicurando la meritevole composizione degli interessi coinvolti nella procedura concordataria, non unilateralmente definibili e valutabili con riferimento al solo debitore concordatario in quanto parallelamente assistiti dall'adempimento del terzo.

Il raffronto con la procedura fallimentare evidenzia i margini di sicuro interesse per il ceto creditorio, sia per l'impossibilità di ascrivere margini di certezza alle azioni revocatorie promuovibili in ragione delle motivazioni addotte dal Commissario quanto alla sussistenza degli estremi di cui all'art. 67 l. fall., sia per il valore migliorativo assicurato alla procedura dall'importo indicato in precedenza, valore che supera per certezza e consistenza, ogni possibile comparazione con la procedura concorsuale ordinaria.

(omissis)

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando sulla proposta di concordato preventivo con cessione di beni presentata dalla ... Santa Rita ... in liquidazione con ricorso depositato il ...,

visti ed applicati gli artt. 160 e ss. r.d. 267/42 così provvede:

1) accertata la sussistenza di tutti i presupposti di legge, omologa il concordato preventivo mediante cessione dei beni della società ... Santa Rita ... in liquidazione con sede in ... (PR), ...;

2) dispone che il Commissario Giudiziale e il liquidatore si attengano alle modalità di gestione e liquidazione indicate nella parte motiva della presente sentenza, riservando al Giudice Delegato con propri successivi decreti ogni

ulteriore attività di indirizzo e controllo sulle stesse attività;

3) dispone che il Commissario Giudiziale dia attuazione al trust in conformità di quanto statuito nella scrittura in data 18/10/2004, intervenuta a ministero del nr. dr. Angelo Busani tra T. M., nato a ... il ..., P. R., nata a ... il ..., U. L., nata a ... il ..., ed il Commissario dott. P. T.;

4) affida la liquidazione del complesso immobiliare formato dall'opificio e relative pertinenze, nonché dei beni mobili dedotti in concordato, al dott. G.

G., con studio in Parma, via ..., che vi provvederà in conformità con le modalità indicate dal Giudice Delegato;

5) costituisce il comitato dei creditori chiamando a farne parte:

- la Cassa di Risparmio di Parma e Piacenza

- ...

- ...

e designando la Cassa di Risparmio di Parma e Piacenza quale Presidente.

(omissis)

Intento fraudolento e sequestro preventivo dei beni in trust

Italia – Tribunale di Torino

①

Lodo arbitrale – condanna del soccombente – esecutività – beni immobili quale garanzia generica per i creditori – trust – reato di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice – configurabilità – sequestro preventivo degli immobili

Tribunale di Torino, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, A. Prunas-Tola, 19 gennaio 2004 [D. G. c. D. B., E. B., B. B., F. D.]

La condotta mediante la quale la parte soccombente di un lodo arbitrale, abbia istituito un trust immettendovi i propri beni immobili, così sottraendoli alla garanzia dei creditori, all'indomani della dichiarazione di esecutività del lodo medesimo da parte del giudice, legittima la configurabilità del reato di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice (art. 388 cod. pen.) e i beni trasferiti al trustee possono essere oggetto di sequestro preventivo.

Testo del Decreto

(omissis)

Il giudice,

visti gli artt. 27, 321 cpp;

rilevato che il PM, nell'ambito del procedimento nei confronti di ..., indagati per il reato di cui agli artt. 110, 388 c.p. commesso in Grosseto il 20/12/03, ha richiesto il sequestro preventivo degli immobili devoluti ai trust ..., ... e ..., indicati negli atti istitutivi del 20/12/03 recanti repertorio del Notaio ..., n ..., ... e ... ed oggetto di successive trascrizioni immobiliari presso i competenti servizi di pubblicità immobiliare di Torino e Vigevano;

rilevato che, come riportato nella richiesta del PM, dalla querela proposta da ... e dalla documentazione allegata si evince che nel corso dell'anno 2000 veniva stipulato un contratto preliminare di vendita di quote rappresentanti il 47% del capitale sociale della ... S.r.l., contratto stipulato tra ..., ... e ... (promittenti venditori) e ..., ..., ..., ... e ... (promissari acquirenti), per un prezzo

complessivo pari a L. 5.000.000.000, oltre al pagamento della somma di L. 520.000.000 in favore di ... quale restituzione del finanziamento soci dalla stessa effettuato;

rilevato che il contratto preliminare non aveva esecuzione e la controversia derivatane, per effetto della clausola compromissoria prevista nel contratto, veniva devoluta al giudizio di un collegio arbitrale che, con lodo depositato in data 19/11/03, dichiarava costituito il negozio definitivo oggetto del preliminare e, pertanto, perfezionata la cessione delle quote tra le parti, dichiarando i promissori acquirenti tenuti a corrispondere, in favore dei promittenti venditori, entro 30 gg. dal lodo, un importo complessivo di circa € 1.000.000, nonché, entro il 31/12/03, l'ulteriore somma di € 450.000 circa, ed ulteriori importi, a scadenze successive, fino al 31/12/06, per un ammontare, ulteriore, complessivo pari a € 1.300.000 circa;

rilevato che il lodo su indicato veniva dichiarato esecutivo con decreto del 5/12/03 del Presidente del Tribunale di Torino, notificato in forma esecutiva ai debitori, in data 19/12/03, con successiva notifica del precetto in data 23/12/03, attività che, evidentemente, manifestava, inequivocabilmente, l'intenzione di ..., ... e ..., di portare ad esecuzione il titolo così costituito;

rilevato che le successive verifiche catastali, prodromiche all'esecuzione forzata, mediante espropriazione immobiliare, nei confronti dei debitori, evidenziavano l'avvenuta trascrizione, in data 24/12/03, di tre distinti atti, risalenti al 20/12/03, con i quali ..., ... e ... istituivano altrettanti trust, regolati dalla legge inglese, cui conferivano numerose

proprietà immobiliari di pertinenza di ciascuno di essi, devolute a ciascuno dei trusts e per essi ai trustees, indicati rispettivamente in ..., ... e ...;

rilevato che in tal modo i cespiti conferiti ai trusts venivano trasferiti dai disponenti, che si spogliavano della proprietà degli stessi, così sottraendo tali beni ad eventuali azioni esecutive nei propri confronti, e nel contempo rendendo gli stessi beni non suscettibili di esecuzione forzata neppure da parte dei creditori dei trustees, attesa la separazione del trust dal patrimonio personale del trustee;

rilevato che l'avvenuta trascrizione, in data 24/12/03, degli atti istitutivi di trust e di devoluzione di beni agli stessi, ha reso opponibili agli odierni creditori tali vicende, frustrando ogni eventuale iniziativa esecutiva avente ad oggetto i beni conferiti;

ritenuto che, come correttamente osservato dal PM, le circostanze temporali nelle quali tali atti venivano posti in essere - pendenti, tra l'altro, su iniziativa degli stessi indagati, trattative finalizzate ad una soluzione transattiva, trattative, evidentemente, meramente tese a guadagnare il tempo necessario a perfezionare il disegno criminoso - rendano inequivocabile che ciascuna delle persone coinvolte nel disegno intenda sottrarsi all'adempimento degli obblighi civili nascenti dal lodo esecutivo mediante atti dispositivi, di carattere simulato, e comunque fraudolento, chiaramente tesi a

Nota:

Riproduciamo il testo del decreto dal suo originale.

sottrarre i cespiti patrimoniali, di maggiore rilevanza, dei debitori dalla garanzia di cui all'art. 2740 c.c.;

ritenuto che sussistono, pertanto, elementi tali da fare ritenere, il "fumus boni juris" in ordine al reato di cui agli artt. 110 e 388 comma I° c.p., atteso che con la costituzione del trust, e la contestuale devoluzione di numerosi beni immobiliari, i disponenti hanno conseguito il duplice obiettivo di spogliarsi della proprietà dei beni conferiti, in tal modo sottratti alla garanzia dei propri debiti, pur conservando la possibilità di destinare tali beni ed avendo la garanzia che essi non saranno comunque suscettibili di esecuzione forzata ad opera dei creditori del trustee, con conseguente vanificazione delle legittime aspettative di coloro che, come nel caso di specie, siano già muniti di un titolo che legittimi l'esecuzione forzata; che "Con l'espressione "sentenza di condanna", la legge ha inteso comprendere tutti i provvedimenti che, a prescindere dalla loro denominazione o forma, rivestono la natura di decisioni giudiziarie con imposizione di obblighi di carattere civilistico" (Cass., Sez. VI, 20 dicembre 1999, n. 14367); che "Il delitto di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice di cui ai primi due commi dell'art. 388 c.p. (...) non presuppone che l'interessato abbia promosso l'esecuzione forzata del diritto riconosciuto dal Giudice, essendo solo sufficiente che egli abbia richiesto, anche in modo informale, di adempiere" (Cass., Sez. VI, 30 gennaio 1991, n. 1139),

condizione certamente adempiuta nel caso *de quo* con la notifica del titolo esecutivo e del precetto, consistente, quest'ultimo, appunto, nell'intimazione ad adempiere; che con la realizzazione delle descritte vicende traslative gli odierni indagati hanno creato una situazione giuridica che li pone al riparo da significative azioni esecutive e consente loro di reperire eventuali acquirenti cui, previa risoluzione anticipata del trust, il fiduciante, reale proprietario, ben potrà, contestualmente all'estinzione del trust, cedere gli immobili a terzi rendendo obiettivamente impossibile, *medio tempore*, ogni iniziativa esecutiva del creditore;

ritenuto che pertanto sussista altresì il "periculum in mora" e cioè il pericolo che la libera disponibilità di tali beni da parte dei fiducianti e dei fiduciari - due dei quali risultano essere gli stessi debitori - possa protrarre le conseguenze del reato, impedendo l'esecuzione coattiva su tali beni e, pertanto, l'esecuzione del provvedimento giudiziario, e possa aggravare le conseguenze dello stesso, atteso che l'eventuale trasferimento della proprietà di tali beni in favore di terzi rischierebbe di sottrarli definitivamente ed irreversibilmente alla garanzia dei debiti degli effettivi proprietari fiducianti;

ritenuto che pur essendosi il reato consumato in Grosseto, luogo di istituzione dei trusts e di devoluzione dei beni, rappresentando, le successive formalità relative alle trascrizioni di tali atti presso le varie agenzie del territorio, attività volta a rendere opponibili gli

effetti di tali atti simulati o fraudolenti, comunque già definitivamente perfezionanti e determinanti la consumazione del reato, trattandosi, tra l'altro, di reato a dolo specifico e a consumazione anticipata, essendo sufficiente, a tal fine, l'aver agito per sottrarsi all'adempimento degli obblighi e non essendo, invece, richiesto l'effettivo conseguimento di tale obiettivo, questo giudice possa ugualmente emettere la misura cautelare richiesta ai sensi dell'art. 27 c.p.p. atteso che i debitori ben potrebbero, per le ragioni suesposte, *medio tempore*, reperire dei terzi acquirenti cui alienare gli immobili, rendendo definitivamente vane eventuali iniziative dei creditori tese a fare affermare l'illiceità ovvero la simulazione e la conseguente inefficacia, degli atti posti in essere dagli odierni indagati;

PQM

dispone il sequestro preventivo degli immobili o delle porzioni di immobili devoluti ai trust ..., ... e ..., specificati negli atti istitutivi del 20/12/03 recanti repertorio del Notaio ... n. ..., ... e ..., ed indicati nei dodici fogli allegati ed oggetto di successive trascrizioni immobiliari presso i competenti servizi di pubblicità immobiliare di Torino e Vigevano.

Dispone altresì la restituzione degli atti al PM per l'esecuzione.

Dichiara la propria incompetenza per territorio essendo competente il Giudice presso il Tribunale di Grosseto.

②

Lodo arbitrale – condanna del soccombente – esecutività – beni immobili quale garanzia generica per i creditori – trust – reato di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice – configurabilità – sequestro preventivo degli immobili

Tribunale di Torino, Sezione per il Riesame, D. Minucci, Pres., R. La Gatta, G. Est., S. Salvatori, 9 febbraio 2004 [D. G. c. D. B., E. B., B. B., F. D.]

La condotta mediante la quale la parte soccombente di un lodo arbitrale, abbia istituito un trust immettendovi i propri beni immobili, così sottraendoli alla garanzia dei creditori, all'indomani della dichiarazione di esecutività del lodo medesimo da parte del giudice, legittima la configurabilità del reato di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice (art. 388 cod. pen.) e i beni trasferiti al trustee possono essere oggetto di sequestro preventivo.

Testo dell'Ordinanza

(omissis)

ORDINANZA

Sulla richiesta di riesame proposta avverso il decreto di sequestro preventivo emesso dal GIP presso il Tribunale di Torino in data 13/1/04 a carico di ..., ..., ..., ... e ...;

atti ricevuti il 30/1/04;

sentiti i Difensori avv.ti ... nonché l'indagato ...;

OSSERVA

Nel corso dell'anno 2000 veniva stipulato un contratto preliminare di vendita di quote rappresentanti il 47% del capitale sociale della ... s.r.l. stipulato tra ... (promittenti venditori) e ... (promissari acquirenti) per un prezzo complessivo pari a L. 5.000.000.000 oltre alla somma di L. 520.000.000 in favore di ... quale finanziamento soci dalla stessa effettuato.

Il contratto preliminare non aveva esecuzione e la controversia tra le parti veniva risolta, come espressamente previsto dalla clausola compromissoria del contratto, da un lodo arbitrale depositato in data 19/11/03 che dichiarava costituito il negozio definitivo oggetto del preliminare e imponeva ai promissari

acquirenti di corrispondere in favore dei promittenti venditori, entro 30 giorni dal lodo, un importo di circa euro 1.000.000,00 nonché entro il 31/12/03 l'ulteriore somma di euro 450.000 ed ulteriori importi a scadenze successive fino al 31/12/06 per un ammontare ulteriore complessivo pari a euro 1.300.000 circa.

Il lodo in argomento veniva dichiarato esecutivo con decreto del 5/12/03 del Presidente del Tribunale di Torino, notificato ai debitori in data 19/12/03 e in relazione al quale veniva notificato precetto in data 23/12/03.

I venditori come sopra indicati, nel corso di verifiche catastali prodromiche all'esecuzione forzata mediante espropriazione immobiliare nei confronti dei debitori, venivano ad apprendere che in data 24/12/03 erano stati trascritti tre distinti atti risalenti al 20/12/03 con i quali ... istituivano altrettanti trusts cui conferivano numerose proprietà immobiliari di pertinenza dei debitori e indicavano quali trustees ...

In data 5/1/04, depositava denuncia - querela contro ... ipotizzando la violazione dell'art. 388 1° comma c.p. con cui specificava che:

- le scritture private istitutive dei trusts erano avvenute in Grosseto,

- che i tre trusts in argomento venivano denominati rispettivamente "...", "... ed "...;

- che in ognuno di questi atti i trustees erano persone del gruppo familiare degli odierni ricorrenti così come i beneficiari dei beni;

- che nelle norme regolatrici del trust si leggeva "i beni del trust sono separati dal patrimonio personale dei trustee ... non sono in alcun modo aggredibili né dai suoi creditori personali né dai creditori personali del disponente" e che, conseguentemente, gli immobili devoluti ai trusts non erano aggredibili dalla

querelante né dai suoi figli per ottenere la coattiva esecuzione della pronuncia arbitrale.

In data 12/1/04, il P.M. richiedeva al GIP il decreto di sequestro preventivo degli immobili devoluti ai trusts ..., ... e ..., configurando a carico degli odierni ricorrenti il reato di cui all'art. 388 1° comma c.p. ed evidenziando che, con i predetti atti dispositivi, ... avevano materialmente sottratto i beni in questione alla garanzia dei creditori con tempi e modalità che sottolineavano il fine fraudolento perseguito dalle parti.

In data 13/1/04, il GIP accoglieva la richiesta del P.M. ravvisando il "fumus boni iuris" e sottolineando al proposito che con l'espressione *sentenza di condanna* la legge intendeva ricomprendere tutti i provvedimenti che, a prescindere dalla loro denominazione o forma, rivestono la natura di decisioni giudiziarie con imposizioni di obblighi di carattere civilistico (Cass. Sez. VI 20/12/99, n. 14367) nonché il *periculum in mora* posto che i debitori potrebbero medio tempore reperire dei terzi acquirenti cui alienare gli immobili, rendendo definitivamente vane eventuali iniziative dei creditori.

All'odierna udienza, ... affermava che l'operazione in esame non era affatto volta a sottrarre garanzie ai creditori ma invece era stata intesa nel senso di offrire garanzie immobiliari alle banche, in un momento in cui queste ultime avevano, a causa di diverse contingenze negative,

Nota:

Riproduciamo il testo dell'ordinanza dal suo originale.

Il ricorso proposto contro questo decreto è stato respinto dalla Corte di Cassazione con sentenza 18 dicembre 2004, n. 48708, che pubblicheremo sul prossimo numero della Rivista.

chiesto dei "rientri" e messo in difficoltà la ...

Le Difese sottolineavano come mancasse ogni prova della finalità fraudolenta ravvisata dal GIP nell'operazione istitutiva dei trusts, tanto più che alla data di presentazione della querela era scaduto solo il primo importo.

La mancanza di ogni finalità fraudolenta era, ad avviso della Difesa, evidenziata dal fatto che, per esempio, l'... era intestato a ... e non ad un prestanome.

Si affermava che la clausola con cui nelle scritture private istitutive dei trusts si attribuiva ai beni trasferiti la qualifica di beni non aggredibili dai creditori personali del trustee né da quelli del disponente doveva intendersi come "formula di stile" posto che nella stessa scrittura si devolveva ogni questione giuridica legata alle stesse alla sola Magistratura Italiana.

Ritenevano le Difese che, in ogni caso, mancassero completamente gli elementi costitutivi dell'art. 388 c.p., in quanto in nessun modo il lodo arbitrale può essere definito una sentenza di condanna né l'arbitro un Giudice. Facevano, al proposito, rilevare come il lodo non fosse definitivo e quindi potesse essere in ipotesi annullata la prima decisione.

Aggiungevano che gli indagati non disponevano solo di questi immobili ma di un ingente patrimonio immobiliare, di talché i creditori erano, comunque, garantiti altrimenti. Ritenevano che la libera disponibilità degli immobili non pregiudicasse in alcun modo il diritto dei creditori che, tra l'altro, non era ancora maturato, scadendo nel 2006.

Infine, evidenziavano che il valore dei beni in sequestro era superiore all'entità del debito e che, verosimilmente, il P.M. aveva concepito il sequestro preventivo con finalità che non gli sono proprie appartenendo piuttosto al sequestro conservativo. Chiedevano, pertanto, l'annullamento del decreto di sequestro in esame per mancanza dei presupposti di legge e delle esigenze cautelari.

L'istanza non può essere accolta.

L'art. 321, comma 1 e 2 c.p.p. definisce un istituto autonomo che viene in considerazione quando la libera

disponibilità di cose pertinenti al reato possa aggravare le conseguenze, prolungarle o innescare nuove occasioni delittuose.

Quanto al reato in ipotesi commesso, è stato ritenuto quello di cui all'art. 388 1° comma c.p., formulazione corretta per le ragioni che di seguito si indicheranno.

Orbene, la finalità che ... indicava a sostegno dell'istituzione dei trusts e, cioè, quella di garantire le banche in un momento in cui, tra l'altro, le stesse avevano assunto un atteggiamento un poco ostile verso la ... non può essere ritenuta verosimile. Infatti, se l'intenzione degli agenti fosse stata solo quella di arrecare un beneficio alla S.R.L. di cui anche le pp.oo. fanno parte, non si vede perché ... e il suo nucleo familiare avrebbero dovuto far tutto ciò a totale insaputa delle pp.oo.

Il dato di fatto che resta insuperabile è che il lodo arbitrale, seguito dal decreto che lo rendeva esecutivo del Presidente del Tribunale di Torino e dal precetto, non veniva ottemperato dai debitori e di ciò non si è data - ad oggi - alcuna plausibile spiegazione. È pur vero che tra le parti vi erano trattative in corso ma è anche incontestabile che ... aveva offerto in parziale pagamento del debito in data 19/1/03 alcuni immobili siti in ... (PV) di cui disponeva, solo il giorno dopo, nelle citate scritture private, destinandoli ai trusts ... e ...

Né si condivide l'interpretazione fornita dalla Difesa secondo la quale la clausola che definisce "non aggredibili" dai creditori i beni facenti parte del trust è clausola di stile, altrimenti davvero non si comprenderebbero le ragioni dell'istituto che, tra l'altro, non sembra offrire alcuna garanzia in questo senso alle banche.

Se vero fosse che ... e il suo nucleo familiare non intendevano sottrarsi alle garanzie dei creditori e che il loro patrimonio immobiliare (asseritamente molto cospicuo) è a disposizione delle controparti, davvero non si comprende perché essi non abbiano formalizzato questa proposta e, vieppiù, quali ragioni avessero per sottrarsi all'adempimento del lodo.

Quanto al fatto che le sentenze di condanna indicate dall'art. 388 c.p. non riguardino le pronunzie provvisoriamente esecutive e in particolare i lodi

arbitrali, va specificato che la norma in esame "concerne decisioni giudiziali immediatamente esecutive e di carattere anche interinale di cui l'attuazione deve avvenire senza ritardo, al fine di non frustrare le esigenze che la ispirano e che mirano ad assicurare un adempimento immediato del provvedimento giudiziale" (Cass. Pen. sez. VI, 30/1/91, n. 1139). Il delitto di cui all'art. 388 c.p. è istantaneo e si consuma appena si è verificata la condizione di punibilità consistente nel compimento di atti fraudolenti o simulati per sottrarsi all'adempimento degli obblighi nascenti da una sentenza di condanna, giuridicamente esistente, anche se suscettibile di annullamento, e dell'inottemperanza all'ingiunzione di eseguire detta sentenza.

A parere di questo Collegio, anche il lodo arbitrale reso esecutivo dal decreto del Presidente del Tribunale integra questa nozione, in quanto, a questo punto della vicenda giudiziaria, è stato eluso il provvedimento del Giudice che imprime forza al giudicato arbitrale: in ogni caso, si tenga presente che, al più, se non si è integrata la fattispecie di cui al primo comma dell'art. 388 c.p., resta pur sempre quella prevista dal secondo comma, stessa norma.

Né pare potersi condividere l'asserzione difensiva secondo la quale il credito non è ancora maturato, scadendo nel 2006: di fatto, la prima rata del debito risalente al 31/12/03 pari a euro 1.000.000,00 oltre a euro 450.000,00 non è stata pagata.

Quanto alle esigenze cautelari, la Difesa ha sostenuto che manchi il periculum in mora affermando anche che il bene immobile, "per sua natura è sempre reperibile".

Non si condivide affatto questa impostazione posto che, se il bene - per qualifica che il trust gli attribuisce - diventa non aggredibile dai creditori, il fatto che sia reperibile si traduce in una beffa.

In verità, allo stato, il pericolo si appalesa forte perché potrebbero essere compiuti atti di disposizione dei beni devoluti ai trusts che sottrarrebbero definitivamente ogni garanzia ai creditori, così aggravandosi e reiterandosi le condotte delittuose.

Giurisprudenza

Si deve certamente tener presente che il pagamento stabilito nel lodo è rateale e che lo stesso è distribuito nel tempo fino al 2006, conseguendone che l'osservazione sulla probabilità di commissione di reati analoghi deve coprire un lungo periodo di tempo. Detta probabilità è certamente legata ma anche, per così dire, provata dall'atteggiamento tenuto dai ricorrenti fino ad ora. Se poi

così non fosse, nel senso che ... e il suo nucleo familiare potessero offrire (formalmente) garanzie alternative e capienti per il lungo periodo e adempissero alle obbligazioni già maturate, evidentemente, verrebbe meno la materia del contendere.

Concludendo, allo stato, appaiono pienamente integrati gli elementi posti a

fondamento della misura cautelare adottata.

P.Q.M.

Visti gli artt. 321 e 322 c.p.p., respinge la richiesta di riesame proposta nell'interesse di ...

Condanna i ricorrenti al pagamento delle spese del procedimento.

Italia – Tribunale di Grosseto

③

**Trust – legittimità della causa – possibile elusività – accertamento caso per caso
Lodo arbitrare – condanna del soccombente – esecutività – beni immobili quale garanzia
generica per i creditori – trust – reato di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento
del giudice – configurabilità – sequestro preventivo degli immobili**

Tribunale di Grosseto, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, M. Mezzaluna, 6 febbraio 2004 [D. G. c. D. B., E. B., B. B., F. D.]

Il trust è un negozio che ha una causa tipica di per sé del tutto lecita e neutra rispetto alle ulteriori finalità perseguite, che è quella di trasferire i beni in trust al trustee, quale unico soggetto titolare dei poteri di gestione ed amministrazione dei beni, al contempo privando il disponente degli originari poteri di godimento e controllo che egli aveva quale proprietario.

L'utilizzo del trust, tuttavia, si può prestare a finalità elusive, quale quella di nascondere ai creditori la piena disponibilità di un bene ovvero di un patrimonio. È pertanto necessario individuare gli elementi caratterizzanti ogni singola operazione per verificare se si versi in un'ipotesi di negozio realizzato in frode alla legge, ovvero di trust simulato.

La condotta mediante la quale la parte soccombente di un lodo arbitrare (avente ad oggetto la stipulazione di un contratto definitivo di compravendita delle quote di una società), abbia istituito un trust immettendovi i propri beni immobili, così sottraendoli alla garanzia dei creditori, all'indomani della dichiarazione di esecutività del lodo medesimo da parte del giudice, legittima la configurabilità del reato di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice (art. 388 cod. pen.).

Può quindi essere disposto il sequestro preventivo dei beni immobili vincolati in un tale trust, dovendosi ritenere sussistenti i due necessari presupposti del fumus boni iuris e del periculum in mora.

Testo del Decreto

Il Giudice per le indagini preliminari, dott. Marco Mezzaluna;

Visti gli atti di indagine, trasmessi in data 3/2/04 dal PM e relativi al procedimento innanzi indicato a carico di

1. ...
2. ...
3. ...
4. ...
5. ...

INDAGATI

del delitto p. e p. dagli artt. 81 cpv., 110 e 388 comma 1° c.p. perché, in concorso tra loro, con più azioni esecutive di un medesimo disegno criminoso e in particolare mediante tre scritture private autenticate in medesima data dal Notaio di Grosseto recanti repertorio rispettivamente n. 159792, 159793 e 159794, per sottrarsi agli obblighi civili nascenti dal lodo arbitrare 23/03 dichiarato esecutivo dal presidente del Tribunale di Torino con decreto del 5/12/03, compivano su propri beni immobili atti simulati e/o comunque fraudolenti di istituzione di trusts regolati

dalla legge inglese, con tali condotte rendendo impignorabili detti beni immobili.

In Grosseto, il 20 dicembre 2003 (imputazione provvisoria)

con richiesta di emissione del decreto di sequestro preventivo degli immobili devoluti ai trusts "...", "...", "...", meglio specificati negli atti istitutivi del 20/12/03 recanti repertorio del Notaio ... di Grosseto n. 159792, 159793 e 159794 ed oggetto di successive trascrizioni immobiliari presso i competenti servizi di pubblicità immobiliare di Torino e Vigevano, a conferma dell'analogo provvedimento emesso in data 19/1/04 dal GIP del Tribunale di Torino con contestuale declaratoria di incompetenza per territorio e successiva trasmissione degli atti all'Autorità Giudiziaria di Grosseto;

OSSERVA

La richiesta avanzata dal PM si fonda sugli atti trasmessi per competenza dall'Autorità Giudiziaria di Torino a seguito della dichiarazione di incompetenza per territorio pronunciata dal GIP del Tribunale di quella località.

Nota:

Riproduciamo il testo del decreto dal suo originale.

Questi i fatti per come desumibili dagli atti trasmessi dal PM.

In data 5/1/04 ... ha proposto querela nei confronti di ... per il reato previsto e punito dagli artt. 110 e 388 c.p. in relazione da una controversia civile relativa ad un contratto preliminare rimasto inadempito.

In data 5/8/00, infatti, la sig.ra ... ed i propri figli ... (all'epoca tutti soci della ... srl) avevano stipulato, in qualità di promittenti venditori, un contratto preliminare di vendita con ... (anch'essi soci della medesima società ad eccezione di ...), con il quale quest'ultimi, promissari acquirenti, avrebbero dovuto acquistare le n. 3.339.809 quote - pari al 47% del capitale sociale della ... srl -, per un prezzo complessivo di L. 5.000.000.000, oltre al pagamento della somma di L. 520.000.000 in favore di ... quale restituzione del finanziamento soci dalla stessa effettuato.

Il contratto preliminare non aveva avuto esecuzione e la controversia, in virtù della clausola compromissoria prevista nel contratto, era stata devoluta al giudizio di un collegio arbitrale che, con lodo depositato in data 19/11/03, aveva dichiarato costituito il negozio definitivo oggetto del preliminare e, pertanto, perfezionata la cessione delle quote tra le parti, dichiarando altresì i promissari acquirenti tenuti a corrispondere, in favore dei promittenti venditori, entro 30 gg. dal lodo, un importo complessivo di €. 947.105,55 oltre interessi legali, nonché l'ulteriore somma complessiva, rateizzata in quattro distinte *trance* a decorrere dal 31/12/03 e sino al 31/12/06, con gli interessi convenzionali dovuti sui ratei di prezzo indicati nel lodo.

In data 5/12/03 il lodo veniva dichiarato esecutivo con decreto del Presidente del Tribunale di Torino, notificato in forma esecutiva ai debitori il successivo 19/12/03, cui seguiva in data 23/12/03 la notifica del precetto, con il quale gli attori chiedevano ai convenuti soccombenti il pagamento di tutte le somme indicate nel titolo.

Le successive verifiche catastali attivate dalla querelante, prodromiche all'esecuzione forzata mediante espropriazione immobiliare nei confronti dei debitori, evidenziavano l'avvenuta trascrizione in data 24/12/03, presso le competenti Conservatorie dei registri

Immobiliari di Torino II e di Vigevano, di tre distinti atti, risalenti al 20/12/03 e registrati il 23/12/03, con i quali ... istituivano altrettanti trusts, regolati dalla legge inglese, cui conferivano numerose proprietà immobiliari di pertinenza di ciascuno di essi, devolute a ciascuno dei trusts e per essi ai trustees, indicati rispettivamente in ... - per il trust denominato ..., istituito dalla ...; ... - per il trust denominato ..., istituito da ... e ... per il trust denominato ..., istituito da ... In tal modo i cespiti conferiti ai trusts venivano trasferiti dai disponibili ai trustees, così spogliandosi della proprietà degli stessi e sottraendoli ad eventuali azioni esecutive non solo nei propri confronti ma anche nei confronti dei trustees, attesa la separazione del trust dal patrimonio personale dei trustee.

Ulteriore circostanza acquisita agli atti riguarda la pendenza, nel medesimo contesto temporale nel quale sono stati istituiti i trusts, di trattative attivate su iniziativa degli stessi indagati e finalizzate ad una soluzione transattiva della controversia che aveva costituito oggetto del lodo pronunciato dal Collegio arbitrale.

Sulla base di questi fatti il PM ha ipotizzato il reato contestato in epigrafe, evidenziando il fine perseguito da ciascuna delle persone coinvolte nella complessa operazione negoziale: eludere l'adempimento degli obblighi civili nascenti dal lodo esecutivo mediante atti dispositivi, di carattere simulato e comunque fraudolento, chiaramente tesi a sottrarre i cespiti patrimoniali di maggiore rilevanza dei debitori alla garanzia di cui all'art. 2740 c.c., così vanificando l'azione esecutiva preannunciata con la notifica del precetto da parte dei creditori.

Premesso che la valutazione del cd. *fumus commissi delicti* nel procedimento cautelare reale si sostanzia nella verifica di congruità, sulla base degli elementi di fatto prospettati dal PM, delle condotte oggetto di censura rispetto alla fattispecie di reato prevista dalle norme di legge contestate nel capo d'imputazione (cfr. sul punto Cass. Sez. Un. 4/5/00, n. 7 nonché Sez. Un. 29/1/97, n. 23); ciò premesso circa i limiti intrinseci del giudizio cui è chiamato il giudice nel procedimento cautelare reale, si deve osservare come nel caso di specie tutti gli elementi di fatto offerti dalla pubblica

accusa consentano di ritenere astrattamente configurabile, allo stato degli atti, il reato di cui agli artt. 110 e 388 comma 1° c.p.

In estrema sintesi l'istituto del trust di derivazione anglosassone, è un negozio che ha una causa tipica di per sé del tutto lecita e neutra rispetto alle ulteriori finalità perseguite, che è quella di trasferire il cd. *trust fund* al trustee, quale unico soggetto titolare dei poteri di gestione ed amministrazione dei beni conferiti nel trust, al contempo privando, per tutta la durata del contratto, il disponente degli originari poteri di godimento e controllo del bene che egli aveva quale proprietario (e questo anche nei casi in cui il beneficiario coincida con il disponente, in quanto il beneficiario è comunque titolare di un diritto di natura obbligatoria). Nello schema tipico, pertanto, la caratteristica essenziale del trust è quella della effettiva perdita da parte del disponente dei beni conferiti, con il relativo potere di controllo e gestione e questa perdita costituisce, per così dire, la contropartita per assicurare al disponente medesimo gli indubbi vantaggi connessi alla scelta di questo istituto negoziale, quale quello della non aggredibilità dei beni conferiti da parte dei creditori del disponente ovvero di quelli del trustee. Orbene, appare di tutta evidenza come l'utilizzo di questo negozio giuridico si possa prestare ad essere asservito a finalità elusive, quale quella di nascondere ai creditori la piena disponibilità di un bene ovvero di un patrimonio, con una deviazione da quella caratteristica essenziale innanzi indicata.

Si tratta, pertanto, di individuare in concreto quegli elementi sintomatici di una siffatta deviazione, onde poter qualificare la complessa operazione negoziale quale una ipotesi di negozio realizzato in frode alla legge ovvero di trust simulato.

Nel caso di specie questo giudicante ritiene di poter individuare questi elementi sintomatici, concordemente con quanto affermato dal GIP nell'originario provvedimento cautelare, nelle seguenti circostanze desumibili dagli atti trasmessi:

- In primo luogo la stretta correlazione temporale tra la decisione adottata dal collegio arbitrale, la sua esecutività ed il successivo atto di precetto notificato ai debitori, da un lato, e l'istituzione dei trusts dall'altro. Nel giro

Giurisprudenza

di pochi giorni i debitori che erano stati convenuti nel giudizio arbitrale si sono spogliati dei beni patrimoniali più significativi, così di fatto vanificando una successiva procedura esecutiva immobiliare per il recupero delle ingenti somme dovute;

- Ulteriore elemento fortemente indiziante dello scopo elusivo dell'operazione negoziale così rapidamente posta in essere, si trae dalla circostanza che tutti i trustees sono legati tra loro e con i disponenti da rapporti di parentela al pari dei beneficiari. Ed invero, ..., nominato trustee nel trust ..., istituito dalla ..., è figlio di quest'ultima mentre il beneficiario risulta essere la sorella ..., figlia della disponente. Ancora, nel trust denominato ..., istituito da ..., è stata nominata quale trustee la moglie ... mentre i beneficiari vengono individuati nei figli minori della coppia. Nell'ultimo trust denominato ..., istituito da ... coniuge della ... il trustee è nominato nella persona di ..., figlia del disponente, mentre la beneficiaria è sua figlia nonché nipote del disponente, ...;

- Ulteriore elemento è dato dalla circostanza che tutti i disponenti ed i trustees sono le stesse parti convenute soccombenti nel lodo arbitrale, ad eccezione della sig.ra ... da un lato, e di ... dall'altro;

- Ancora, gli atti negoziali istitutivi dei trusts sono stati posti in essere nel medesimo contesto temporale nel quale erano state avviate con la controparte delle trattative per una composizione transattiva della controversia, come si desume agevolmente dalla missiva del 19/12/03 a firma del commercialista di fiducia del gruppo familiare ... inviata al commercialista di fiducia della controparte nonché la proposta elaborata anche a nome dei familiari da ... (cfr. documenti prodotti dalla querelante e contraddistinti dai numeri da 16 a 18). Questa circostanza, se di per sé può apparire non influente, acquista un ben preciso spessore indiziante della finalità elusiva perseguita con la operazione negoziale in esame, alla luce del complesso degli elementi sin qui indicati e di quello che qui di seguito si va ad esporre. Nella proposta transattiva del 19/12/03, infatti, il gruppo ... tra l'altro ha offerto in pagamento parziale il trasferimento dei beni immobili situati in

località ... (PV), che il giorno successivo hanno poi costituito oggetto del conferimento nei trusts denominati "... e ...", ed in ordine ai quali il certificato di destinazione urbanistica era stato acquisito dai coniugi ... e ... sin dal 4/12/03, al pari dei certificati di destinazione urbanistica degli altri immobili conferiti nei vari trusts, tutti acquisiti tra la fine di novembre e la prima quindicina di dicembre del 2003, proprio in pendenza delle trattative (cfr. documenti 11 e 13 prodotti dalla querelante);

- Da ultimo, vi è l'ulteriore circostanza, anche questa di per sé assolutamente neutra ma che acquista un notevole spessore indiziante alla luce del complesso degli elementi sin qui riferiti, di aver stipulato gli atti negoziali presso uno studio notarile situato in una città assai lontana dai luoghi ove si trovano i beni e/o la sede presumibile dei principali affari del gruppo, visto che in Toscana non risultano beni inseriti nei trusts stipulati.

Pur ribadendo che non è questa la sede nella quale effettuare una valutazione approfondita della effettiva colpevolezza degli indagati, ritiene questo giudicante che gli elementi offerti dalla querelante consentano di individuare nella predisposizione ed esecuzione della complessa operazione negoziale, una chiara finalità elusiva della garanzia patrimoniale sancita dall'art. 2740 c.c., attraverso la sottrazione dei cespiti di maggior rilievo all'azione esecutiva preannunciata dai creditori con la notifica del precetto.

Sempre con riferimento alla valutazione del *fumus* del reato contestato, appare opportuno precisare che l'espressione "sentenza di condanna" utilizzata dal Legislatore nell'art. 388 c.p., comprende tutti i provvedimenti che "... a prescindere dalla loro denominazione o forma, rivestono la natura di decisioni giudiziarie con imposizione di obblighi di carattere civilistico" (cfr. Cass. Sez. VI, 20/12/99, n. 14367). L'espressione "sentenza di condanna", inoltre, non deve intendersi, sulla scia dei lavori preparatori, in senso tecnico, essendo comprese nella tutela apprestata dal Legislatore anche le sentenze costitutive e dichiarative, purché da esse derivino gli obblighi indicati dalla legge.

Ed ancora, il delitto contestato non

richiede per il suo perfezionamento che l'interessato abbia necessariamente promosso "... l'esecuzione forzata del diritto riconosciuto dal Giudice, essendo solo sufficiente che egli abbia richiesto, anche in modo informale, di adempiere" (cfr. Cass. Sez. VI, 30/1/91, n. 1139), il che a maggior ragione comprende la formale notifica del titolo esecutivo e del precetto, come è avvenuto nel caso di specie.

Quanto al *periculum in mora*, si osserva che gli odierni indagati, con la realizzazione delle descritte vicende traslative, hanno creato una situazione giuridica che li pone obiettivamente al riparo da significative azioni esecutive da parte del creditore. In altri termini, sussiste il concreto pericolo, desumibile chiaramente dalla complessiva organizzazione dell'operazione negoziale in tempi assai stringenti e di pari passo all'evolversi della controversia sottostante, che la libera disponibilità dei beni da parte dei fiduciari e dei fiduciari - alcuni dei quali e precisamente ... e ..., risultano essere gli stessi debitori - tutti tra loro legati da vincoli parentali, possa protrarre le conseguenze del reato, impedendo l'esecuzione coattiva su questi beni e, pertanto, l'esecuzione del provvedimento giudiziario, così vanificato nella sua forza imperativa.

Ritenuta, infine, la competenza a provvedere in relazione al luogo di consumazione del reato, individuabile in quello ove sono stati istituiti i trusts e devoluti i beni. Ed invero, trattandosi di reato a dolo specifico e a consumazione anticipata, è sufficiente, a tal fine, l'aver agito per sottrarsi all'adempimento degli obblighi e non è richiesto l'effettivo conseguimento dell'obiettivo avuto di mira. In questa prospettiva, come giustamente messo in evidenza dal GIP del Tribunale di Torino che si è dichiarato incompetente, le successive formalità relative alle registrazioni nonché alle trascrizioni degli atti istitutivi presso le competenti Conservatorie dei Registri Immobiliari, costituiscono un'attività volta a rendere opponibili gli effetti di tali atti simulati o fraudolenti, comunque già definitivamente perfezionanti e determinanti la consumazione del reato.

Visti gli artt. 27 e 321 c.p.p.

DISPONE

A conferma del provvedimento emesso dal GIP del Tribunale di Torino in data 19/1/04 con contestuale declaratoria di incompetenza per territorio, il sequestro preventivo degli

immobili o delle azioni di immobili devoluti ai trust ..., ... e ..., specificati negli atti istitutivi del 20/12/03 recanti repertorio del Notaio ... n. ..., ... e ..., ed indicati nei dodici fogli allegati - facenti parte integrante del presente provvedimento - ed oggetto di successive

trascrizioni immobiliari presso i competenti servizi di pubblicità immobiliare di Torino e Vigevano.

Manda alla Cancelleria per gli adempimenti di competenza e per la restituzione degli atti al PM richiedente per l'esecuzione.

Requisiti della “licenza fiduciaria” in Guernsey

Guernsey – Royal Court

①

Regolamentazione dei servizi fiduciari – requisiti di onorabilità e di professionalità – amministrazione fiduciaria di società – amministratori “nominee” – obblighi di diligenza – principî di regolare e corretta gestione

Royal Court, Ordinary Division, 27 agosto 2004 [Castle Company Management (LLC) v Guernsey Financial Services Commission]

Non può essere concessa la “licenza fiduciaria” (fiduciary licence) per operare in qualità di amministratore di società e trustee professionale ad un’impresa i cui esponenti non soddisfino i criteri di integrità, competenza e prudenza richiesti per la prestazione di servizi fiduciari, e che non attui i principî di regolare e corretta gestione, quali la presenza di due dirigenti indipendenti e la tenuta di corrette scritture contabili.

Testo della Sentenza (1)

(omissis)

The Appellant’s case in summary

19. Mr. Doyle had put in on behalf of the Appellant a skeleton argument, in which he outlined the points where he felt that the Commission had acted unlawfully or unfairly. As I have indicated all these complaints were rejected by the Deputy Seneschal and the Appellant’s Notice of Appeal in effect simply says that in respect of each point the Deputy Seneschal has got it wrong. Therefore it behoves me to work through these arguments again and see whether the decision of the Commission was indeed flawed for one or other of the reasons that Mr. Doyle now urges.

First complaint: The Commission’s failure to consult Sark properly

20. On the 7th June, 2001, a letter was written by the Assistant Director of the Fiduciary Services and Enforcement Division of the Commission, Mr. Trevor to Mr. Harris who at that time was the Vice-President of the General Purposes and Finance Committee in Sark. Mr.

Trevor referred to a conversation they had had, when he had discussed the obligation of the Commission under the Law to consult with General Purposes and Finance Committee, where an applicant for a fiduciary licence intended to carry on business in Sark. They had apparently agreed that the Commission would forward a list of those who had expressed such an interest once the application period for existing businesses had closed on the 31st May. The letter of 7th June then gives a list of number of individuals (including the Deputy Seneschal) who were seeking personal fiduciary licences. There was then reference to application for four full fiduciary licences including one from the Appellant. The letter finishes with the words “Pursuant to section 5(9) of the Law the Commission would welcome any views which the General Purposes and Finance Committee may have on these applications.”

21. On the 19th June Mr. Trevor faxed Mr. Harris with some further names of applicants both for personal fiduciary licences and for full fiduciary licences. Again he referred to section 5(9) of the Law and indicated that the Commission would welcome any views, which the General Purposes and Finance Committee may have on the applications. The Committee replied through Mr. Harris on the 6th July and I will set out the letter in full:-

“The General Purposes & Finance Committee met yesterday and inter alia reviewed the list of applicants given in your letter of 7th June and subsequent fax.

We believe that the following comments may assist the Commission in reviewing applications received:

1. all the applications for personal fiduciary licences are from individuals

who have been Sark resident for at least ten years. None are from transient or newly resident applicants;

2. the view of the Committee is that it is for the economic benefit of Sark that a nucleus of regulated fiduciaries be established so as to permit the development of fiduciary business in the island. We are therefore satisfied with the number of applications made and consider the overall outcome to be for the economic benefit of the island.

As a further comment the Committee remains committed on behalf of the island to attracting business rejected by the GFSC in respect of the island of Guernsey as providing insufficient economic benefit, provided such rejection is bona fide on economic benefit grounds and not for other reason. We would ask you to note Sark’s interest in business in this category and to advise us of potential opportunities.”

22. This seems to me to be a very practical response, giving the views of the Sark authorities to the applications in precisely the way that the Law contemplated. The licensing function rested with the Commission. It would not have been appropriate for the General Purposes and Finance Committee to go through the list of applicants reviewing their personal qualities as individuals. Questions of fitness and professional competence were entirely those for the Commission.

23. The Committee did however by implication give some support to all the

Note:

Riproduciamo il testo della sentenza dal sito internet del Guernsey Financial Services Tribunal.

(1) Manca il “Sommario” perché i fatti sono stati ampiamente narrati da Paolo Panico, *supra*, 366.

applicants for personal fiduciary licences by drawing attention to their long-standing connection with Sark. The Committee also brought out the important point that activities that might have been too small and insignificant for Guernsey might well be suitable for authorisation in Sark. I have noted the reference to Mr. Harris having an office in Jersey and being a member of the long established practice of E. J. Nigel Harris & Partners, English Solicitors. I am told he does practice law in Jersey, but that he also owns a tenement in Sark, which entitles him to be a member of Chief Pleas. I mention this simply to draw attention to the fact that the representative of Chief Pleas, consulted as a member of the Sark General Purposes and Finance Committee, would not have been an innocent abroad when it comes to matters relating to the offshore fiduciary business. He or his colleagues could have raised any further issues with the Commission if they felt appropriate. In paragraph 19.1 of his Notice of Appeal the Appellant endeavours to show that what this correspondence amounted to was a notification rather than a consultation. I do not agree. I am satisfied that the Deputy Seneschal was correct in his conclusion that the Commission did fulfil its legal obligation to consult Sark. There is no merit in the point that the Appellant is making in this regard.

Second complaint: Improperly gathered information

24. In paragraph 19.2 of his Notice of Appeal the Appellant complains that the Deputy Seneschal failed to find that the information gathered and used by the Commission in refusing the grant of the application was obtained improperly. Mr. Doyle goes on to say that, in other words, the information was obtained without any sufficient or adequate warning that it would be so used. He complains that the Commission failed to inform the Appellant adequately or at all that the information gathered would be used against the Appellant for the purposes of its application for a fiduciary licence for reasons that are then set out in some detail. The first complaint is that the letter requesting such a visit did not state as its purpose that the visit was to obtain such further information and documents as the Respondent reasonably required for

the purposes of the application from the Appellant for a fiduciary licence (paragraph 19.2.2).

25. The letter of the 4th October, 2001, started as follows "As part of the fiduciary licensing procedure under the new Law, the Commission is making a number of on-site visits to applicants for licences."

I accept that the letter went on to define aims which were specific to the way in which the company operated and in particular issues of "know your customer" and awareness of money laundering procedures.

26. A further point that the Appellant took was that information can only be obtained under section 5(5) or section 23(13) of the Law. Those are declarations of circumstances where the Commission has a legal right to call for information. They do not provide the only methods by which information can be obtained by the Commission. The Appellant wanted a licence to carry on business as a fiduciary. The Commission asked him for information to help its staff process the licence. The Appellant gave that information voluntarily and what he is in effect saying is that he should have been cautioned before providing it. That cannot be right because had he declined to provide the information then he might not have been given the licence he sought.

27. The Appellant seeks to invoke the principles of the *Al Fayed* case ECHR 21.9.95. He seeks to equate the role of the Commission to that of DTI inspectors and say that they have a duty to act fairly. The Commission's role is not analogous to DTI inspectors as the findings of the latter may lead to criminal sanctions, which is not the case here. There is no natural justice point here and like the Deputy Seneschal, I cannot see that there was any suggestion that the Appellant was in any way "lured" into providing information. This ground of appeal is rejected.

Third complaint: Legitimate expectation of the grant of a licence

28. The point here is that by the time the matter came before the Court of the Seneschal, 2 1/2 years had expired since the original licence application. The Deputy Seneschal reviewed the factual situation with regard to the delays that have taken place. He found that there

were no excessive delays other than between October 2002 and June 2003 when the informal Tribunal met. He found that this was partly due to the Appellant's indecision as to whether to take its case to the Tribunal and partly due to the time taken to set up the Tribunal. The whole point is however that section 59(1) expressly provided that pending the consideration of a licence application persons who are already established in business as fiduciaries in the Bailiwick were enabled to carry on their business. In this case at no stage has the Commission indicated other than that it had concerns about this application and as long ago as the 17th December, 2001, clear indications of the matters that were troubling the Assistant Director of the Fiduciaries Services and Enforcement Division of the Commission were being put on record. As is said in the correspondence at some stage the procedure for dealing with these applications was inevitably involved and complex. I will be looking at this when I consider the fourth ground of complaint, but at no time can I see that the applicant had any indication that its application would meet with the Commission's favour and therefore the short point of legitimate expectation does not arise. Again the Deputy Seneschal was right in his judgment.

Fourth complaint: Commission's decision not its own

29. The Appellant's grounds are set out in paragraph 19.4 of the Notice of Appeal. Complaint is made that the Deputy Seneschal failed to find that the Respondent had not reached its own decision. It is necessary to explain the procedure that the Commission adopted to dealing with applications such as this. It is perhaps appropriate to emphasise the point that I made during the hearing that Mr. Doyle and his company have been engaged in a certain kind of business quite legitimately, since they set up their operation in Sark in 1996. The Law requires the company now to obtain a licence to continue to carry on that business.

30. There is no automatic entitlement to carry on business save that contained in section 59 of the Law to which already reference has been made. Whenever the legislature decides to control an activity for the future, it

Giurisprudenza

behoves the regulating authority to proceed with care in considering applications from persons who are already properly engaged in the business so that their livelihood is not taken away from them capriciously, or contrary to the principles of natural justice. No doubt in order to try to meet the requirements of the Law in this regard, the Commission set up a procedure for dealing with applications that was intended to meet some of these concerns.

31. The initial work on considering an application was carried out by the Commission's officers. At that time the Director of the Fiduciary and Enforcement Division was a Mr. Talmi Morgan and the Assistant Director, Mr. Trevor. Correspondence was exchanged and there were in fact two visits to Sark by officers of the Commission. On the 17th June, 2002, Mr. Trevor wrote to Mr. Doyle saying that the Assessment Committee (which we later are to learn comprised of Mr. Morgan, Mr. Trevor and Mr. Bown) met to consider the application. A number of concerns were expressed. The outcome was that the matter was to be referred to Enlarged Assessment Committee, which comprised the Director General and the various directors of the Divisions of the Commission, in addition to the three Fiduciary Services and Enforcement Division Officers to whom I have referred.

32. The Enlarged Assessment Committee met with Mr. Doyle and we have a transcript of its deliberations. The upshot was that the Committee was not persuaded that it could support the Application and accordingly the

opportunity to appear before the Shadow Tribunal was given to the Appellant on the 9th October, 2002. The object of the Shadow Tribunal was to enable a review of the decision of the Enlarged Assessment Committee to take place and a report to be prepared for the Commissioners prior to the Commissioners reaching their own decision on the matter. There was no obligation in Law to set up this Shadow Tribunal.

33. Steps were taken to give the Shadow Tribunal a degree of independence. A Mr. Michael Blair, Q.C. was appointed as Chairman. He is not resident in Guernsey and he has had a distinguished career in the public service in the United Kingdom and in latter years with the Regulatory authorities in that jurisdiction. He was assisted by two independent laypersons both of whom were experienced in the Guernsey finance industry. They conducted themselves in a quasi-judicial manner. They heard evidence and gave a very full judgment setting out their conclusions. As they were appointees of the Commission and had no standing under the Law it is not suggested that they were in any way an independent and impartial Tribunal for the purposes of the Human Rights Convention. However the members were clearly independent of the Commission's officers. They made certain criticisms of the way in which certain matters were handled by the Commission. It is not appropriate for this Court to agree or disagree with those criticisms, as this Court does not have the same level of

expertise as members of the Tribunal, particularly Mr. Blair, had in the matter of regulatory good practice. Their opinion supported the view that the Appellant should not be licensed.

34. Their findings were available to the Commissioners when they sat to determine finally the application. On the 6th August, 2003, the opinion of the Tribunal was considered and the Commissioners agreed with it. The application was refused and the right of appeal to the Court was drawn to the Appellant's attention. However it is clear that the Commissioners sat independently and made the final decision. The principles in the case of *Mahon v Air New Zealand* (1984) 3 All ER 201 have no application here. The Commissioners had factual information before them to enable them to reach a reasoned conclusion. With respect Mr. Doyle cannot have it both ways. The Commission went to the trouble of bringing in the Shadow Tribunal so as to ensure that there would be independent review of the internal expertise that was being applied to consideration of these applications. When that Tribunal endorsed and amplified the reasoning of the Commission's officers, the Commission cannot be criticised for following that advice. This ground also fails.

35. I reiterate I have approached this appeal on the basis that I am under no duty to follow the conclusions of the Deputy Seneschal in any respect or treat the findings of the Shadow Tribunal as other than part of the workings of the Commission. It follows this appeal is dismissed. I would commend the Court below on the way this matter was handled.

②

Court of the Seneschal, C.J. La Trobe-Bateman, Deputy Seneschal of Sark, 10 febbraio 2004 [Castle Company Management (LLC) v Guernsey Financial Services Commission]

Testo della Sentenza (1)

(omissis)

The Appeal Hearing

The Appellant, with the agreement of the Respondent, submitted that the general grounds of the appeal should be construed in the same way as other appeal provisions similar to those specified in the Fiduciaries Law, and, therefore, 5 potential outcomes should be admitted, as per "*Walters v States Housing Authority* (1997)":-

1) The Commission's actions/decisions were "ultra vires" – appeal allowed.

2) The Commission's actions/decision

amounted to "Wednesbury" unreasonable – appeal allowed.

3) The Commission's actions/decisions

Note:

Riproduciamo il testo della sentenza dal sito internet della Guernsey Financial Services Commission.

(1) Manca il "Sommario" perché i fatti sono stati ampiamente narrati da Paolo Panico, *supra*, 366.

Guernsey – Court of the Seneschal

were unreasonable, other than “Wednesbury” or “ultra vires” – appeal allowed.

4) The Court comes to a differing view to the Commissions, but that decision was not unreasonable – appeal dismissed.

5) The Court agrees with the Commissions decision – appeal dismissed.

The Court accepts this and will, therefore, bear the above in mind when deliberating.

The Appellant’s notice of appeal lists 4 main headings in its case against the Commission’s decision:-

1) Consultation with Sark’s General Purposes and Finance Committee.

2) Improperly gathered information.

3) Legitimate expectation.

4) Respondent not reaching its own decision.

Consultation

Section 5 of the Fiduciaries Law deals with licence applications and subsection (9) requires the Commission to “consult [...] the General Purposes and Advisory Committee of the Chief Pleas of Sark” (subsequently re named “General Purposes and Finance Committee”).

The Appellant maintains that letter of 7th June 2001 from the Commission to Sark’s General Purposes and Finance Committee (p 32 –33), subsequent fax of 19th June (p 34 – 35) and the G.P. and F’s reply of 6th July 2001 (p 36) did not constitute “consultation”, but was more in the nature of “notification”, citing “*Rollo vs Minister of Town & Country Planning (1948)*” in support.

The Respondent argued that the letter of 7th June 2001 to the Sark G.P. and F. Committee stated clearly the Commission’s obligation to consult, provided a list of applicants (including CCM) and concluded by positively inviting comments:

“Pursuant to section 5(9) of the Law, the Commission would welcome any views which the G.P. and F. Committee may have on these applications”.

G.P. and F. Committees reply of 6th July 2001 is couched in general terms and makes no comment on individual applicants. Nevertheless, it is clear from the opening passage that the matter was properly considered: “The G.P. and F. Committee met yesterday and, inter alia, reviewed the list of applicants given in your letter of 7th June and subsequent

fax.” This letter begs no answer and the Commission presumably felt that nothing further was required of them.

I conclude that consultation did take place, sufficient to satisfy the requirements of the Law. Further consultation might have been politic when problems with the Respondent’s application came to light, but it is difficult to imagine how the G.P.& F. could have provided real help to the Commission in making its decision.

Improperly gathered information

The claim by the Appellant that the Commission’s officers are in a similar position as D.T.I. inspectors in *Fayed v United Kingdom* is contested by the Respondent, in that the gathering of information by these officers is part and parcel of their normal job i.e. the processing of fiduciary licence applications and renewals. D.T.I. inspectors, on the other hand, are brought in to report on particular circumstances. The Fiduciaries Law, Section 24, – not called upon in this case – enables the Commission to appoint Inspectors.

The Appellant further claims that the Commission’s letter of 4th October 2001, (p 37-38) requesting an on-site visit, failed to comply with Section 5 (5) and 23 (17) of the Law.

The Respondent’s reply is that this letter was a request only and that formal notice would followed only if CCM had not co-operated.

To my mind, this letter, despite its informal tone, is quite clear: that the aim is to gather information on CCM’s business and procedures which will be used when considering the licence application. The opening paragraph states “As part of the licensing procedure under the new Law, the Commission is making a number of onsite visits [...]”. And further down “Visits such as this are forming an essential part of the licensing procedure [...]”. I am, therefore, unable to accept that the Commission “lured” CCM into providing information which may have been detrimental to its licence application.

Legitimate expectation

It has taken in excess of 2 1/2 years from licence application to the present appeal – 2 years since doubts were raised

by the Commission concerning CCM, and the Appellant maintains that this length of time gave rise to the expectation that a fiduciary licence would be granted.

However, a study of the chronology does not indicate any excessive delays in taking action or replying to correspondence – except between October 2002 and June 2003 when the Tribunal met, and this was partly due to CCM’s indecision as to whether to take their case before the Tribunal and partly due to the time taken to set up the Tribunal.

Furthermore, nowhere in the correspondence and transcripts presented to the Court is there any suggestion that, if CCM were to take certain action, then a licence might be granted by the Commission. CCM must have become aware fairly early in the licensing process that the concerns being brought to light by the Commission’s officers were more likely to result in the application being turned down than granted, unless drastic measures were taken to allay these concerns. That CCM, and Mr Doyle in particular, were unable to persuade the Commission that things had improved must have been evident to all after the August 2002 meeting and the application was in deep waters.

I conclude from all this, that there can have been no reason for CCM to have had any expectation that their application would be successful.

Respondent not reaching its own decision

The Appellant submits that the Respondent should not have adopted the Tribunal’s Opinion as its own, as that body has no statutory standing – it should make its own decision. This argument was not developed to any degree at the hearing and the Court leans to the view that the Tribunals deliberations and opinion, which are very comprehensive, have correctly been taken into account by the Commission in coming to a decision. Nor can there any problem with the Commission adopting the Tribunal’s opinion as its own, if it corresponds to their own view, is well phrased and comprehensive. We note that the Opinion contains some mild criticism of the Commission, which has, presumably,

Giurisprudenza

been absorbed by them with the rest of the document.

In addition to the above submissions, the Appellant – both before the Tribunal and in the Court – accused the Commission of being biased against CCM as being a Sark based company and against Mr. Doyle (CCM's principle director) personally. It is clear from the correspondence that considerable antipathy developed between the parties, but I do not consider that this has influenced the Commission's decision; nor did the Tribunal find any foundation to the accusations (p. 148 (10) under General conclusions).

Judgement

At its simplest level, this appeal hinges on whether the Commission acted within and in accordance with the Law in refusing to grant a full Fiduciary licence to CCM, and that the decision was a reasonable one, arrived at after full deliberation.

The Court concludes that the Commission has interpreted and operated the Law correctly; has given the Appellant every opportunity to answer their concerns and that the decision not to grant a full Fiduciary licence to the Appellant was "reasonable" by all definitions of the word.

Consequently, the appeal is dismissed.

Costs

I award Court costs (including costs from the Directions Hearing 14th November, 2004) against the Appellant to the sum of £1280.00 and I award recoverable costs and fees to the Respondent in accordance with "The Royal Court (Costs and Fees) Rules, 2000", citing "The Real Property (Succession) (Sark) Law, 1999" Section 17 (1) and Section 18 (1) "proceedings" as my authority for so doing.

In addition, the Court grants both parties liberty to apply.

③

Guernsey Financial Services Tribunal, M. Blair QC, C. Goodwin, S. Jones, 22 luglio 2003 [Castle Company Management (LLC) Limited v Guernsey Financial Services Commission]

Testo della Sentenza (1)**General**

1. This opinion contains the Tribunal's conclusions in the second application to come before the Tribunal. As with the first case (*de Garis v Guernsey Financial Services Commission*, decided on 16 April 2003, and published on 19 June 2003(2)) we have decided to set out in some detail the background and the conclusions we have reached.

2. The application concerns the relatively new legislation brought into force in Guernsey, and in Sark, in April 2001, some two years and three months before the dates on which we sat to hear the application. This is the Regulation of Fiduciaries, Administration of Businesses and Company Directors, etc (Bailiwick of Guernsey) Law 2000, but apparently generally known by its informal name of "the Fiduciaries Law".

3. The Applicant, Castle Company Management (LLC) Limited, is a company which was incorporated in April 1996 in the United States, in the State of Wyoming, and which operates from a place of business on the Island of Sark. It

also trades under the trading name of "Sark Offshore Consultancy". We will call the Applicant "the Company" hereafter.

4. Under sections 1 and 2 of the Fiduciaries Law, it is an offence for a person such as the Company to carry on by way of business in the Bailiwick the activity of company administration, which includes the provision of a director to any company whether incorporated under the laws of the Bailiwick or elsewhere, except in accordance with a full fiduciary licence granted by the Guernsey Financial Services Commission ("the Commission") under section 6 of the Law. The same is true of trust administration, such as the provision of trustees.

5. The Company duly applied for such a licence on or about 28 March 2001, very shortly before the Fiduciaries Law came into force, by commencement Ordinance of the States under section 62(2), on 1 April 2001. Accordingly, under the transitional provisions in section 59 of the Law, the Company has since then been carrying on its business lawfully on the basis that it is deemed to be the holder of a full fiduciary licence pending the final determination of the application.

6. Following consideration of that application, the Commission has indicated, at the level of its staff, that it is not satisfied that it can grant the licence applied for. That decision was taken by

the Enlarged Assessment Committee of the Commission, chaired by the Director General and consisting of (among others) all the members of the Commission staff in the rank of Director. However, before the conclusion of that Committee could be put before the Commission itself for endorsement, the Company was asked whether it wished to refer the matter to the Tribunal. After some correspondence, in which the Company explored the ground with the Commission, it duly did refer the case to us. We have accordingly considered the documents in the case, and have heard evidence and submissions from both parties, in the course of a public hearing lasting over three days, and with a further short hearing on a fourth day. In this Opinion we now present our agreed conclusions to the Company and to the Commission.

Central Conclusions

7. Our general conclusions may be summarised thus:

Note:

Riproduciamo il testo della sentenza dal sito internet del Guernsey Financial Services Tribunal.

(1) Manca il "Sommario" perché i fatti sono stati ampiamente narrati da Paolo Panico, *supra*, 366.

(2) *De Garis v Guernsey Financial Services Commission*, in questa Rivista, 2005, 251.

a. We agree with the Commission's conclusion that a full fiduciary licence should not be granted to the applicant Company.

b. The criteria specified in the Fiduciary Law, which need to be fulfilled before a licence is granted, are not fulfilled, either in relation to the Company itself, or in relation to one of its two directors.

c. Had the case been somewhat nearer to the margin of acceptability than it is, we might well have been prepared to adjourn the case, so as to enable a further compliance visit to be conducted by the Commission; the purpose of this would have been to enable us to see whether there had been, since the first visit in November 2001 (over 18 months ago), a sufficient degree of improvement in relation to some of the criteria to justify the grant of a licence.

d. However, there would be no point in our adjourning the case for that purpose unless there were a real chance that the fresh visit would cause our concerns to evaporate; and we believe that there is no realistic prospect of that being the case. The concerns we have about this application go well beyond the matters that might be shown to have been rectified on a further visit.

e. We have also concluded that, in so far as there are particular concerns about one of the directors, there is no point in our requiring a corporate reorganisation that would have the effect of removing that director and allowing the Company, with new governance arrangements, to obtain a full fiduciary licence; the substance of the Company is to a very large extent the director in question, and without him it would not easily be able to operate.

8. Our jurisdiction is one "on the merits"; that is, we are concerned to find the right answer on the substance of the matter. This is different from the question (which was raised by the Company and with which we also have to deal) whether the Commission staff have gone about the business of considering the application lawfully and fairly. So our conclusions relate mainly to the underlying substantive issue whether the Commission can and should grant a full fiduciary licence under section 6 of the Law. However, we have also reached some conclusions on the procedural side, to which we now briefly turn.

9. The Company made strenuous efforts before us to seek to establish that the Commission had behaved improperly in relation to it. The criticisms included suggestions that the case had been prejudged, that there was a deep-seated propensity to discriminate against applicant companies if they were based in Sark rather than in Guernsey, that the Commission gave licences to those who agreed with its policies and not to those who did not, that the Commission did not understand the nature of the business carried on in Sark and by the Company in particular, and that there had been some sharp practice in selecting for examination files that would bolster the Commission's case against the Company.

10. We find that there was no credible evidence to support any of these unsubstantiated allegations. Nor, in our view, was there evidence before us to lead us to conclude that we needed to look in detail into the question whether the Commission had behaved unlawfully or unfairly. That said, we have some criticisms of our own to make of the way the Commission approached its task. These appear in the course of this Opinion in the form of observations on the way in which the Commission went about the consideration of the Company's application, and the presentation of it to the Tribunal. We provide a general summary of the points at paragraph 95. These observations will, we hope, be of some assistance to the Commission in appraising its own performance in this case, and in preparing for any future similar case.

(omissis)

Integrity

16. The first general area advanced by the Commission was that mentioned in paragraph 1 of Schedule 1 to the Fiduciaries Law. This is prudence, professional skill, integrity and the reputation of the Bailiwick, or to set it out as relevant in full, "Whether the business of the applicant [is] carried on with prudence, professional skill and integrity appropriate to the nature and scale of its activities and in a manner which will not tend to bring the Bailiwick into disrepute as an international finance centre". (The reason for the square brackets above is that the Commission's case here used the

words ["will be"], but that seems to us to be based on a misapprehension as to the effect of the transitional provisions in Section 59 of the Law). The test covers far more than integrity; it will however be convenient if we leave out of account, for the present, the requirement so far as it relates to "prudence" and "professional skill": we return to those matters below.

17. On integrity, the Commission's evidence was exclusively about Mr Doyle, and not about the Company. Paragraph 1 of Schedule 1 appears to refer to the applicant, whether the applicant is an individual (as in the case of Mr de Garis referred to above) or a company. In the case of a company applicant, the Law goes on to require analysis of the individual directors etc in the context of the requirement that the applicant and the directors etc have to be "fit and proper persons" (paragraph 3). It may be suggested, therefore, that Paragraph 1 is concerned with the attributes of the applicant itself, and does not enable us to look at instances where it is alleged that there is a lack of integrity on the part of, say, a director of the applicant. However, in our view the focus of paragraph 1 is not exclusively on the question of what the attributes of the applicant itself are, but is aimed at how the business of the applicant will be conducted. It is therefore relevant to that test (ignoring for the present paragraph 3) to consider issues about the integrity of those who will be concerned with the conduct of the Company's business. On any view, we find that Mr Doyle is such a person.

18. Two incidents were relied on by the Commission in this context as showing in their view a lack of integrity on the part of Mr Doyle (and thereby through him on the part of the Company). In the context of a particular trust (named for the proceedings as "file 6") the Commission suggested to the Company on 17 December 2001 that the on-site visit of 14 November 2001 had shown that the Company appeared to have agreed with the economic settlor of the trust ("XY") to use dummy beneficiaries as well as a dummy settlor. Mr Doyle's letter of 13 March 2002 stated that the Client, XY, had suggested by letter at the outset "these practices" (i.e. the use of a dummy settlor and dummy beneficiaries) but that the Company had not agreed to this and that it had

Giurisprudenza

remained an idea in the mind of the client.

19. However, a different set of facts appeared during the Commission's second on-site visit on 27 March 2002. On that occasion, the Commission staff saw on the Company's computer system an e-mail which they had not seen during the first visit (there having been no printed copy on the paper file). This e-mail, dated 3 January 2001, is from Mr Doyle to the intending (economic) settlor and appears to suggest that "if the beneficiaries are to be kept out of the schedule for confidentiality reasons then we should insert nominee beneficiaries who would be superceded" (sic) "by the letter of wishes". We were shown the Company's bound version of the trust document, as actually executed, dated 31 January 2001; it names the two directors of the Company as the trustees, and the Company as the beneficiary, though there is included at any rate in that version of the document a letter of wishes naming members of XY's family as the intended ultimate persons to benefit. Therefore this suggested two pieces of deception of the Commission by Mr Doyle:

a. the use of a nominee beneficiary was suggested by him, and not by the intending settlor; and

b. that use was actually carried into effect, and did not merely remain an idea in the mind of the intending settlor.

20. When this inconsistency was put to Mr Doyle in the Commission's letter of 17 June 2002, and raised with him at a meeting on 15 August 2002, Mr Doyle's explanation was that "it appears that these two matters are related and they are not". The Commission itself has apparently seen no evidence for this, and told us that this statement did not explain the inconsistency.

21. The matter was pursued in evidence before us. Mr Doyle was concerned to establish that the Trustees were bound, in honour at least, by the expression of wishes that was interleaved into the Company's copy of the Trust document that he produced to us. He seemed to us to use the word "beneficiaries" in that sense, so as to include the three persons named in the expression of wishes. In fact, however, the Commission's argument was related to the inconsistencies in the accounts given by Mr Doyle at different times. We

therefore do not need to make any findings of fact as to the Trust itself. However, we are in a position to say, having heard the evidence on both sides, that we are satisfied that Mr Doyle's explanation, in his letter of 13 March 2002, is not supported by the later evidence, including the e-mail discovered on 27 March 2002. We find that it is unsatisfactory, and regrettable, that Mr Doyle should have misled the Commission on a matter of such seriousness on 13 March 2002. We are not in a position to say affirmatively that he actually knew that he was not telling the truth in that letter. However, he must have known that this was a very important letter for him to write, as it was one that sought to dispel the concerns that had arisen at the first visit, and which appeared in the Commission's general letter of 17 December 2001. He took almost three months to respond to this part of the Commission's letter (there were intervening exchanges on other matters), and could have been expected to do full due diligence on the accuracy of the statements made in his reply. There was, before us, no incontrovertible evidence, either way, on the issue whether in early 2002:

a. he remembered the e-mail he had written about a year before, but believed that the Commission had not found it and were unlikely to turn it up if they came back; or

b. he had just forgotten the existence of the e-mail but was honestly doing his best to respond to the Commission's concerns.

22. However, of these two possible explanations, we find the former to be much the more likely. On the evidence, there was only one Trust in the Company's portfolio of responsibilities, and we were told that XY was a good friend with whom Mr Doyle had been sailing at some time for a number of days. So the chances of confusion with another trust are negligible, and the memory should not have been that deeply buried. Further, a trustee, if at all competent, should have a relatively clear idea, without having to refresh his memory, of the principal content of the trust document/s, at least so far as concerns the name of the principal beneficiary. And a written statement that the strategy remained an idea in the mind of the

client when he (Mr Doyle) had actually carried it out would seem to us to stretch credulity a long way too far. We therefore find that the explanation that the scheme was never finalised was untrue when made, and that Mr Doyle misled the Commission in a serious way in the letter of 13 March 2002. We also find that he must have known that he was misleading the Commission. We therefore conclude, in this context, that he is a person not always to be trusted and about whose integrity there are serious doubts.

23. The Commission had another example of alleged dishonesty to put to us. This involved allegedly misleading a foreign securities regulator, and then the Commission itself. Mr Doyle was approached in or about August 2002 by the foreign regulator, who wished to enquire of him, on a voluntary basis, about the beneficial ownership of a company called, in our proceedings, A Limited. Mr Doyle replied on 19 August 2002 and stated that A Limited had been incorporated at the request of a Mr B and a Mr C and that he had acted as the first director. There was then a second letter, which, it appears, was sent at the request of Mr B and/or Mr C, to the foreign regulator (either on 28 August or 2 September 2002: the document bears both dates) in which he used a different signature and stated that he had not communicated with the foreign regulator on 9th August 2002 (which was technically true, as the date was wrong) or at any other time (which was not true).

24. The main question of significance before us, therefore, was whether Mr Doyle had written, or caused to be written, both the letters. In a meeting with the Commission set up at his own request – for which he deserves some credit – on 1 October 2002 and again in the proceedings before us, he agreed that this was the case: he had in fact sent both of the letters to the foreign regulator and both signatures were his, one having been computer generated. He had no explanation for the inconsistency. We find this to be a serious and incontrovertible lapse from the standards of honesty to be expected under the Fiduciaries Law.

25. This matter does not, however, stop there. The Commission had become involved in the correspondence with the foreign regulator in the first place because

it had been asked by the foreign regulator to see if the apparent inconsistency could be unravelled. Accordingly, a member of the Commission's staff, Kevin Bown, telephoned Mr Doyle on 27 September to enquire about the two letters. At that stage, according to the file note made by Mr Bown on 7 October, Mr Doyle then told him, and thus, through him, the Commission, that it was the second letter that was the genuine one. This means that at that stage he stuck to the veracity of the statement in the second fax that "indeed we have never communicated with you [the foreign regulator] in any manner". As stated above, however, it is now admitted that both letters were genuine, and so the statement made to Mr Bown on 27 September 2002 was untrue.

26. In the proceedings before us, Mr Doyle cross-examined Mr Bown, and then gave evidence on his own behalf. His explanation relating to the incorrect statement to Mr Bown appears to be in part that he had been expected to answer questions on the telephone from memory, instead of having the time to check his files to respond to a letter, that he was confused between cases and that the misleading was not deliberate. We would find it surprising, however, if he did not have a clear memory of the highly unusual circumstances, only a month before, of the second letter. This included, according to his own account,

a. his being confronted by the clients (Mr B and/or Mr C) and upbraided for writing the first letter;

b. his being embarrassed at his earlier confusion, including a false recollection that he was a director of A Ltd, which had led to the first letter being sent;

c. his being presented with a draft letter prepared by the clients' lawyer;

d. and his signing it even though it contained highly damaging statements which could well have been (and indeed now are) serious from the point of view of the future of the Company.

27. We find that no competent director of a company would simply have forgotten this circumstance over the period of a month. The point is exacerbated in our view by a point which Mr Doyle himself made, namely that, at the time of the conversation with Mr Bown, the application of the Company was, as it were, hanging in the balance.

There had been a formal meeting of the Enlarged Assessment Committee on 15 August 2002, and Mr Doyle was waiting to see what impression his advocacy at that meeting had had on the Staff members present at it.

28. What happened in our view was that Mr Bown put the inconsistency of the two letters to him, and he decided on the spur of the moment that the best way out of the problem was falsely to suggest that the first letter was not his, but might have been forged by someone else using a computer generated signature of his. He went on to make a further gratuitous misleading statement, in that, according to the note (and this was not challenged in cross examination) he volunteered, contrary to his own later evidence to us, that "there had been no contact or pressure to deny the first fax".

29. The special extra day of hearing on 16 July 2003 was held in order to enable Mr Doyle to cross-examine Mr Boyd Kelly about the contemporaneous handwritten note of the meeting on 1 October 2002, and the subsequent typed file note of 2 October 2002, both of which had been made by Mr Kelly. We did not find, however, that this cross examination added anything of substance to the account of the incident. The two notes seemed to correspond one with another, except for one sentence in the typed version, about which Mr Doyle did not question Mr Kelly, and apart from some possible social pleasantries which did not appear, and which we would not have expected to see, in either note.

30. The whole story of the enquiries by the foreign regulator leads us inexorably to a clear conclusion: when under pressure, Mr Doyle is fully prepared to lie in order to serve his own purposes. In so far as he accused the Commission before us of using the episode as "the last nail in his coffin", it is unfortunately the case that the nail has been driven in by a hammer in his own hands.

31. Having made these findings of fact about Mr Doyle's integrity, we are driven to the conclusion that this has serious repercussions for the Company. Mr Doyle's position as Director, 50% owner and key principal in the Company is such that we are not satisfied that its business will be conducted with the prudence and integrity appropriate to the nature and scale of its activities, as

required by the Fiduciaries Law. It also follows that there is a risk to the reputation of the Bailiwick as an international finance centre if the Company is permitted to continue to carry on a licensable activity on its present basis.

Competence, experience and soundness of judgement

32. The second general area advanced by the Commission was that mentioned in paragraph 3(2)(a) of Schedule 1 to the Fiduciaries Law. This, read with paragraph 3(1), requires us to assess, in essence "Whether the applicant and every person who is a director, controller, partner or manager of it is a fit and proper person to hold that position [...] and in particular the [...] probity, competence, experience and soundness of judgement (of such a person) for fulfilling the responsibilities of that position."

33. It is also convenient to take into account in this area the parts of the test at paragraph 16 above which we then left over, namely "prudence" and "professional skill". Equally, so far as the paragraph 3(2)(a) test relates to "probity" on the part of the Company's directors and controllers, we have little to add to paragraphs 16 to 31 above. We would, however, observe that the language of paragraph 3(2)(a) of Schedule 1 to the Law, read with section 6(2) in the main part of the Law itself, makes it clear beyond argument that findings of lack of integrity on the part of a director or controller are clearly relevant to the issue whether the Company itself is or is not to be granted a full fiduciary licence.

34. There are therefore five requirements to apply in this context; we have decided that they can readily be grouped into two groups for the purposes of this part of our opinion, as follows:

a. Competence (from paragraph 3(2)(a) of Schedule 1); experience (from paragraph 3(2)(a) of Schedule 1), and professional skill (from paragraph 1 of Schedule 1);

b. Soundness of judgement (from paragraph 3(2)(a) of Schedule 1), and prudence (from paragraph 1 of Schedule 1).

35. On the first group, the main evidence before us related to an on site visit on 14 November 2001, over 18 months ago. This was followed up by a

Giurisprudenza

second visit on 27 March 2002. On the first visit, some 14 files were inspected, 3 on introducers, 9 on companies and 2 on trusts. The Commission relied on what they had found in 9 of the 14 files, including, as far as we can gather, 7 of the company files, both of the trust files and none of the introducer files.

36. There was some controversy before us on the question of how the files had been selected for analysis on the first visit. The Commission maintained that they had been selected at random from the Company's filing cabinets. The fact, however, that the sample included what appeared to be the only two trust cases in which the Company was involved was not explained. At a late stage in the proceedings, Mr Doyle introduced a new accusation about the Commission's file selection; he told us that he had informed the visiting officers which groups of his files were live and which were dormant (since, in his view, the dormant ones, which had not yet been "checked for compliance" might well not do the Company as much credit as the working files, on which standards had been raised). The Commission staff, however, had "deliberately" chosen the 14 files from the dormant group, in order to produce evidence that was not representative of the later work. This suggestion is not, however, borne out by the account of the on-site visit. All 14 files are described in some detail in the file note of 15 November 2001. Of the 9 files on which reliance was placed in the proceedings before us, there had been activity during the second half of 2001 (that is within 5 months of the visit) in 6 of them, and a seventh had seen some activity earlier in 2001. Only in 2 of the 9 files was there any indication that the file might have been dormant in that sense. The 4 files that were not relied on by the Commission may have been dormant, but that does not seem to us to be material. We therefore conclude that there is no basis for the suggestion that the Commission had selected the files in an artificial manner.

37. Competence, experience and professional skill. On the basis of the on-site visit and other information gathered by the Commission, its submissions to us could be summarised as follows:

a. none of the directors or employees has any significant experience of

company or trust administration outside the Company's own business.

b. the files inspected were not in a good state, and did not contain what they should have contained in terms of the companies' activities, assets and liabilities. In some cases the main documents in the file were some rudimentary details of the client for whom the Company had taken on the directorship, and a power of attorney enabling that client to act on behalf of the company in question, and thus effectively resume control of the assets in question, whatever they happened to be.

c. in consequence, the directors of the companies concerned were not in a position to fulfil their fiduciary obligations to the company.

d. In relation to trust administration, although this aspect of the Company's business was apparently minimal, much the same could be said; the files showed inadequate detail of the process of establishing, managing and operating the trust (and, in one of the two cases, where it was suggested by Mr Doyle that one trust had ceased to exist, of the winding up).

38. As to experience, the Company asserted that there was more experience than met the eye, since, for example, the other Director, Ms Lanyon, had learned the business from her father who had had an apparently similar undertaking on Sark while he had been alive. Some of the previous business experience of other employees was also mentioned, but none, so far as we could gather, was in company administration. We conclude, however, that even after making allowance for this, the Company's case is not in any way sufficient to answer what is a key point in the Commission's case, and indeed in the Fiduciaries Law itself. After the concept of integrity, with which we have already dealt, we would regard the issue of experience and competence as cardinal to the success of an application. If an applicant is materially short of either experience or competence (or indeed of both), the prospects of satisfying the standards stated in the Law must be very low.

39. As to the state of the files, points of this kind, though not in this exact form, were put to the Company after the first visit and, as a result, the idea of a further visit came up in discussion

between the parties, so as to verify the suggestion that much if not all of the concern about alleged inadequacy of the files would be allayed if the computer data could be looked at alongside the files. However, the net result of the second visit was that the Commission satisfied themselves that, contrary to Mr Doyle's suggestion, relatively little was to be found in the computer-held data.

40. We also note from the correspondence that the Company had some difficulty in dealing with the Commission's comments on the files inspected because of what appears to have been an unusual approach to file storage, indexing and retrieval.

41. We conclude, on the basis of the evidence we heard, that the Commission were indeed right to draw the conclusions-

a. that the Directors, and, so far as included in the definition of "manager" in section 58 of the Law, the staff of the Company, are indeed lacking in the broader experience that would have been desirable for an undertaking of this size and complexity; and

b. that the documentation held in Sark was not of the general quality that would be appropriate for an operation providing company administration to the standards expected by the Fiduciaries Law. Even on the somewhat minimal approach to company administration which the Company appeared to have adopted in a good number of the cases, that is the provision of a director, coupled with an authority to the client to resume control of the relevant assets, the record keeping was inadequate to ensure that the business was carried out competently, efficiently and without risk to the Company. We need to return to this substance of this in more detail below.

42. Soundness of judgement and prudence. Next we need to deal with the other aspect of this topic, namely soundness of judgement (as required by paragraph 3(2)(a) of Schedule 1 to the Fiduciaries Law), and prudence (as required by paragraph 1). There was relatively little evidence directed specifically to this point, in either direction. It was submitted by the Commission, on the basis of the general evidence they had led, that Mr Doyle was reckless in undertaking work for which he did not have the relevant knowledge or

experience; Mr Doyle's reply to that was there had been nothing untoward in terms of the Company's business reputation; that there had been no complaints about his services over the 8 year period concerned, and that the Commission were being over demanding in the standards they expected to see. No one was perfect, he said. While some of other findings can be said to be relevant to the issue whether Mr Doyle, in particular, is a man of integrity, we do not feel the need to add much on this specific head except for two matters:

a. the incident of the Slovak bearer bond, which we discuss below, is an example, putting it at its lowest, of poor judgement on the part of the Company and of Mr Doyle; and

b. the decision of the Company not to incur the expense of legal representation, and the provision of expert evidence, in these proceedings seems to be a questionable exercise of judgement, unless (which we can scarcely credit) the Company had concluded that its application stood no chance of success; we emphasise, however, that this comment is derived from, and is restricted to, this particular case and should not be taken as applicable in other cases.

Knowledge and understanding

43. The Commission further drew our attention to paragraph 3(2)(e) of Schedule 1 to the Fiduciaries Law which, read with paragraph 3(1), requires us to assess, in essence "Whether the applicant and every person who is a director, controller, partner or manager of it is a fit and proper person to hold that position [...] and in particular the [...] knowledge and understanding (of such a person) of the legal and professional obligations to be assumed or undertaken."

44. The main attack of the Commission under this head was to suggest that the Company, and indeed Mr Doyle as a Director of it, were not aware, or not sufficiently aware of the Company's legal and professional obligations, and in particular of the obligation, when acting as company director, to act in the best interests of the company. They also referred to the obligations under the Codes of Practice made by the Commission, in particular under that for Company Directors (see paragraph 11 above) to ensure that the

board has effective control of the company, to treat the company as a separate legal entity from its shareholders and others, to know the company's business and finances and have full and up to date information on them, and to ensure that the company keeps proper accounts and records.

45. The main evidence to support this was fourfold. First there was a good deal of emphasis on the Company's obligations in relation to money laundering, which we tackle below. Secondly, there was evidence about the financial records and arrangements, which we also deal with below. Thirdly we heard, and read, evidence about the thin state of the files and the absence of any real attempt to get to grips with what the companies were doing. Fourthly there was important evidence about general powers of attorney. We deal now with the third and fourth points and add a few words on the second.

46. Knowledge of obligations (general). On the third point, we accept that the amount of knowledge which the Company had about the very numerous companies it had as clients was far too thin for any real ability to comply with the requirements on directors. As at March 2001, the Company was providing the services of directors to 2042 companies, though that number had shrunk to 1113 in the course of the next 15 months. Mr Doyle himself was, at 30 June 2002, director of 291 companies, Ms Lanyon of 270, and the five part time employees of various numbers, ranging from 91 to 140. While we are not in any position to draw any conclusions about the number of directorships of companies which any one person can properly handle, it seems to us that these numbers, particularly if one takes into account that the part time employees were said to be under the relatively close guidance of Mr Doyle himself, are far too large. We accept that a number of them were described as asset holding companies, rather than as trading companies; and that a number of them may well have been dormant, though it is not clear why they were then willing to pay the annual fee for the directorship. Even so, it cannot in the nature of things be possible to comply with the requirements of the Code of Practice for Company Directors on the basis of a volume of directorships

such as we find in this case, where Mr Doyle has direct responsibility for 291 companies, and indirect responsibility for at least 552 more. Although he denied that the service the Company was providing was that of a nominee directorship service (and indeed informed us that he was taking steps to discourage his clients from other jurisdictions from using the term), we find on the evidence that in substance that was the service that was being provided. As the Commission put it in their written case, "a very large number of directorships can suggest that a director is providing his services as nominee and the Commission's inspection of some of the Applicant's files appeared to bear that out".

47. In the proceedings before us, there was at least one occasion (the foreign regulator incident described above) where Mr Doyle's explanation for what occurred was that he was confused as to which company was in question, and whether he was a director of it. We find this rather damaging to him, as a company director ought to have enough knowledge of his legal obligations not to allow himself to become confused as to whether he is acting on behalf of a company or not. We also were surprised at Mr Doyle's reaction to the suggestion that he might have been expected to know that one of his clients, XY, had been disqualified in the United Kingdom from acting as a Company Director. "How am I to find out?" he asked in cross-examination, and appeared to be surprised when the witness explained how easy it was.

48. Accordingly we find, in this context, that the Company and Mr Doyle himself did not have, and do not have, the knowledge and understanding they need to have of the legal and professional obligations to be assumed or undertaken.

49. Knowledge of obligations (powers of attorney). We now turn to powers of attorney. In a number of the files inspected, the Commission had found evidence of a power of attorney granted by the Director concerned, and conferring what was typically unlimited authority on the donee to deal as he thought fit with the assets of the company concerned. This, they suggested, led inescapably to the inference that the Company, and Mr Doyle, did not understand the risks that they were

Giurisprudenza

running in having, as it were, restored to the previous owner the company assets with no, or at best very little, basis for being sure that the company's interests would still be preserved.

50. Mr Doyle's answers to this were essentially twofold. First, he stated his view that it would not be practicable for the law to prevent (or the Commission's practice effectively to prevent) the use of powers of attorney, even of an unlimited kind. Secondly, he felt that powers of attorney were a useful and appropriate tool for business use. Thirdly, he indicated that the Company's practice had now changed; the powers granted were now specific and there was an established procedure for reporting back; they did not issue any general powers of attorney any more.

51. Ideally, we would have wished to be able to have this verified. As it was, however, there was little we could do to answer the question we asked ourselves, namely whether the practice had indeed changed as was suggested. We can however state a clear finding that the Company's practice in 2001-2 was not in accordance with the requirements of which it was or should have been aware.

52. On both the third and fourth point (files, and powers of attorney), the Company pointed out that it was based in what had until relatively recently been an unregulated environment; that it accepted that all was not in order at the time of the first visit in November 2001, but that great strides had been made since then to improve compliance and to learn from the process. Indeed, in response to a question from us, Mr Doyle indicated his firm belief that a further on-site visit would produce a much more positive snapshot of the state of affairs of the Company. In evidence, one of the Commission's officers indicated his view that, at the time of the first on-site visit in November 2001, the Company appeared to be about two years behind the norm for other applicants for a full fiduciary licence that he had visited.

53. It is a pity, in our view, that the Company did not take any of the steps that would have been open to it to convince us, by written opinion evidence or otherwise, that things had improved, especially in relation to the suggested change of practice on powers of attorney. It is also a pity that the Commission did

not themselves feel able to devote the resources (though we were told that they had been thinly stretched recently) to a further on-site visit shortly before the hearing. Had either of these steps been taken, our task would have been easier. As it is we have to reach a view on the basis of what was put before us, and the limited amount we were able to elicit for ourselves.

54. The second point relates to the Company's accounts, and will be covered below. We add, here, however, that at the final hearing, the Company produced, at its own initiative, the recently finalised Company accounts for the year to 31 March 2003. (This was done in order to answer some criticisms that had arisen in the earlier hearing about the (relatively high) remuneration of the Directors and the (relatively low) remuneration of the employees. The latest accounts showed that the 2003 position was somewhat less polarised between the two groups than had been the case in 2002. The Company also produced a "management letter" from its accountants pointing out some defects in the Company's banking and accounting arrangements. Mr Doyle, for the Company, suggested that letters of this kind were not unusual in the case of a young, growing, company, particularly one that had not had to prepare formal accounts until the new Law came into operation. However, our conclusion, so far as relevant to this topic of "knowledge and understanding", from the three sets of accounts which we saw, is that up until July 2003 at least the Company had no bank account in its own name, and was operating accounting systems that had required the auditors to give a qualified report in two successive years. It is true that the Company appears, with the help of its auditors, to be addressing the outstanding issues on banking and accounting arrangements, but the present position is not at all satisfactory.

55. Our conclusion on these three issues of knowledge and understanding, therefore, is that, even giving due credit for the point that the Company was having to confront high standards and positive regulation for the first time, this is not a good reason for having been so far short of the normal standards of the law and good practice in 2001 and 2002. On the business side, had it wished to show that it had turned over a new leaf since

the compliance visits, that could have been done; in the absence of any such evidence, beyond an unsupported statement by Mr Doyle, we are not able to accept that the Company's practice is now never to issue general, or wide ranging powers of attorney. On the financial side, though the issues are now, somewhat tardily, being addressed, there appears to have been until recently an inadequate grasp of how serious the accounting problems were. This gives us little confidence that future problems which emerge will be diagnosed, understood and addressed with vigour. We therefore conclude that there certainly was until recently, and that, on balance, there still is, a lack of knowledge and understanding of the full breath of the Company's legal and professional obligations. This is a finding against both the Company and against Mr Doyle.

Anti-money laundering procedures

56. The next general criterion relied on by the Commission was that mentioned in paragraph 3(2)(f) of Schedule 1 to the Fiduciaries Law. This, read with paragraph 3(1), requires us to assess, in essence "Whether the applicant and every person who is a director, controller, partner or manager of it is a fit and proper person to hold that position [...] and in particular the procedures (of such a person) for the vetting of clients and his record of compliance with any provision contained in or made under the [...] Criminal Justice (Proceeds of Crime) (Bailiwick of Guernsey) Law, 1999.

57. The Law of 1999 (to which we referred at paragraph 11(c) above) is the general legislation in the Bailiwick of Guernsey (including Sark) which, with effect from 1 January 2000, and along with the subordinate regulation made under it, has required financial services businesses to have in place systems and controls for the purposes of forestalling and preventing money laundering. In particular, there are regulations now in force (the Criminal Justice (Proceeds of Crime) (Bailiwick of Guernsey) Regulations 2002, which replaced the Criminal Justice (Proceeds of Crime) (Bailiwick of Guernsey) Regulations 1999) which require financial services businesses to have identification procedures, record keeping procedures and internal reporting procedures. It was

accepted before us that the definition of financial services business including businesses doing what the Company does.

58. The Commission's case on this issue was two fold. First, it had suggested in the written case for these proceedings that correspondence initiated by Mr Doyle with the Commission in early January 2001 showed a poor understanding of the requirements even after they had been binding on him for a year. This proposition was not, however, very strongly advanced at the hearing; and we think that that was a sensible decision, since, in our view, there is not very much to be made of this point.

59. Secondly, and much more relevantly, the Commission's evidence suggested that, at the time of the first on-site visit in November 2001, there were serious deficiencies in the anti-money laundering arrangements in force in the Company. A fairly large proportion of the Company's introductions comes from countries in Eastern Europe, including Belarus, and, indeed, the Company's website offers a version of itself in the Russian language. Much of the business comes from introducers in a number of these countries- the list we saw includes Belarus, Croatia, Bulgaria, Latvia, Lithuania, Russia, and the Ukraine (in addition to Canada, Cyprus, Ireland, the USA and the UK). Under the requirements in the Bailiwick, while financial services businesses are not prohibited from taking on clients from, for example, Belarus, it is necessary to exercise a heightened degree of vigilance in such cases. This is because many of these countries are not listed in Appendix C to the Guidance Notes, and because of the content of various notices issued by the Commission, one of which was in evidence before us, relating to business coming from sensitive sources. Despite these requirements, the evidence before us showed that the Company's procedures involved inadequate identification of the beneficial owner or ultimate client, undue reliance on the introducers in some of the countries in question, and inadequate record keeping. For instance, three of the files inspected contained nothing relevant to verifying whether the business was bona fide beyond an inadequate statement that the client had been "introduced"; a fourth was nearly as bad, though it did contain some evidence

of someone having inspected and copied a Ukrainian passport. The requirements are clear in requiring robust and positive identification, and not a mere introduction, in the case of any business coming from any country not listed in Appendix C.

60. Mr Doyle had no real answer to these points. As far as we could gather, he regarded the attack on him in this respect as something of a "put up job"; and he suggested (admittedly only in cross-examining a Commission witness) that money laundering requirements were not of first importance to a business of the Company's kind, as little if any cash was involved in the business. Our conclusion is that the Commission's case is made out in this respect. We do not know, either way, whether the practice of the Company has improved since 2001-2. If it had done, we would have expected Mr Doyle to have mentioned it in some way. As it is, there is the virtually unchallenged evidence of serious inadequacies in 2001-2, which we accept.

Unsatisfactory business practices and conduct

61. Under paragraphs 3(3)(c) and (d) of Schedule 1 to the Fiduciaries Law, regard may be had, in the context of the fit and proper test for applicants and relevant individuals, to some further issues. The main heading is "the previous conduct and activities in business or financial matters of the person in question and, in particular, to any evidence that he has engaged in any business practices appearing to the Commission to be deceitful or oppressive or otherwise improper (whether lawful or not) or which otherwise reflect discredit on his method of conducting business or his suitability to carry on regulated activities (paragraph 3(3)(c)), and engaged in or been associated with any other business practices or otherwise conducted himself in such a way as to cast doubt on his competence and soundness of judgement (paragraph 3(3)(d)).

62. It will be apparent from these passages from the Schedule that there is in theory at least a fair amount of overlap in the criteria which the Fiduciaries Law expects to be applied. We have already collected together two other provisions about the quality of judgement, that is "prudence" in paragraph 1 of Schedule 1,

and "soundness of judgement" in paragraph 3(2)(a). As drafted they are intended to apply in different ways to a given set of facts, as the prudence is that of the applicant company, the soundness of judgement is in relation to fulfilling the responsibilities of a licensed fiduciary, and this third one is in an even wider context, that of business or financial matters, including past conduct there.

63. In this context, the Commission drew attention to two matters that have already been discussed in other contexts. These were

a. the number of directorships, which tended, in the Commission's view, to suggest that the services were of a nominee character, and

b. the way in which business was taken on from, among other countries, Belarus in a way that did not satisfy the Bailiwick's requirements on adequate introductions.

To the second, the Commission added that the automatic translation of the Company's website into Russian was a positive encouragement to business from such jurisdictions. This in their view reflected adversely on the Company's soundness of judgment. We do not wish to embark on an exhaustive analysis of the extent to which the acts or omissions of Mr Doyle and those of the Company can be said to overlap. Our view, however, is that we have nothing to add to the findings that we have already made. On the Russian version of the website, we do not think it adds much to the case either way. Had the introductions been impeccable, and had the business from Eastern European jurisdictions been perfectly taken on, there would have been nothing to criticise in relation to a website that is made accessible to a bona-fide clientele. Since however the business was not adequately taken on, we do not see that having a website with this capability makes it much worse, in terms of discreditable business practices or lack of sound judgement.

64. There was, however, another matter which the Commission raised in this context. In April 1998, the website of the Company, trading under the trading name of "Sark Offshore Consultancy", offered a "Slovak bearer deposit account" which, according to the then website, was like an anonymous, portable, bearer bank

Giurisprudenza

account, but better than the then existing Austrian "Sparbuch" because it could be denominated in any convertible currency. The Commission wrote to Mr Doyle expressing disapproval of this on 19 August 1998. He replied on 2 September 1998 stating that he understood the Commission's concerns and had instructed the Company's systems engineer to remove the relevant section from its website. According to the Commission this section still appeared on the website on 2 December 1998. Mr Doyle's discussions with the Commission and his evidence to us did not explain why the material was not removed after he had told the Commission that it would be removed. He suggested, but not forcefully, that the evidence that it was still on the web on 2 December 1998 might have been created by the Commission by some kind of electronic date shifting; we do not accept that suggestion.

65. We find that the inclusion of such an invitation on the website in the first place was a serious error of judgement, even in the distant days of 1998. We also find that it was unsatisfactory that no steps were taken to comply forthwith with the undertaking given to the Commission. The material on the website was or could easily have been damaging to the reputation of the Bailiwick as an international finance centre: he was invited to remove it; he knew or ought to have known of the damage or potential damage to the Bailiwick; he agreed to remove the material, and yet he did not do so for at least 3 months. This conduct was itself damaging to the reputation of the Bailiwick.

66. We are also seriously concerned about this incident, on a further ground. When originally asked for his observations on the Slovak Bearer Bank Accounts, he told the Commission on 2 September 1998 that he had "read and understood your concerns- As previously stated, I have never sold a single account and this remains the case [...] I have today instructed my Systems Engineer to remove the entire section from our website." This impliedly (though we note not expressly) accepts responsibility for the fact that the section was on the website and that Sark Offshore Consultancy (viz the Company) might until then have been willing to contract to sell such an account.

67. When Mr Doyle was questioned by the Enlarged Assessment Committee on 15 August 2002, an arguably different story emerged. Although in places he appeared to have accepted responsibility for the offer on the website ("we never made any sales on this. We weren't interested in the business you know"), in other places during that hearing he stated that "a client had asked us if he could advertise his services on our website and we allowed him to do it. [...] We thought he was just selling company formations." Asked whether the Company had verified what was to be put on the website, he replied "He sent some e-mails and explained, but basically he told us a pack of lies." This seems to us, though the Commission made no point of this in their case or in the proceedings, like an attempt to explain the problem by shuffling responsibility off onto another unidentified (and now former) client. We leave aside the questions why that explanation was not advanced at the outset, and why there is no record available to us to substantiate the suggestion, made by Mr Doyle, that this explanation had been given to the Commission when they first raised the matter with him. The point of concern to us is that, if this explanation is actually true, then it reflects poorly on Mr Doyle's competence and soundness of judgement in allowing an unsatisfactory business practice to become connected to the Company. To allow a client (even one who is then of good standing) to advertise on one's own website without checking that the material was not damaging to the owner of the site, and apparently without even looking to see whether he was advertising in his own name, is, in our view, incompetent and ill judged, and shows Mr Doyle and the Company up in a very poor light. While this aspect of the matter was not stressed before us by the Commission, and indeed, if taken on its own, would not have been fatal to the application, it has to be added to the scales on the negative side.

The "Four Eyes" Requirement

68. Under paragraph 4 of Schedule 1 to the Fiduciaries Law, it is necessary that "at least two individuals, resident in the Bailiwick and of appropriate standing and experience, effectively direct the business" of an applicant for a full

fiduciary licence. In the Company's case, it was accepted, at any rate before us, that the Company could not satisfy this requirement unless it were possible to count the Compliance officer, Ms de Jonge, as supplying the third and fourth eye. This was because the two Directors live together, with their children, as a family.

69. The Company maintained that Ms de Jonge had the appropriate standing and experience, and that she effectively directed the business. The Commission disagreed; in their view, though she may have had some experience of business in the Netherlands, she had neither the standing (that is, in the Company) nor the authority to be able effectively to direct the business. She was an employee, and one who, so far as the Commission could tell, had very limited authority; there was no evidence that she had ever contradicted either of the Directors.

70. We did not have the advantage of meeting Ms de Jonge. However, she herself indicated in her Personal Questionnaire on 27 March 2001 that she would in carrying out her duties be acting on the directions and instructions of the Controller, Mr Doyle. Further, it appears from the papers that she has no authority to sign cheques on behalf of the Company (though Mr Doyle said that this was because it was not necessary). Some of the criticisms of her made by Mr Doyle in the context of the second compliance visit led us to conclude that her freedom of action, and the extent to which she was trusted, in the Company were both fairly limited.

71. While therefore we are not of the view that an employee can never be an effective second pair of eyes, we conclude that, in this case, the requirement was not and is not satisfied.

Adequacy of Records

72. An applicant for a fiduciary licence has to maintain adequate accounting and other records of his business and adequate systems of control of his business and records. This is required, under the general rubric of "conducting business in a prudent manner", by paragraph 5(6) of Schedule 1 to the Fiduciaries Law.

73. Our findings above have already included criticism of the record keeping of the Company, and there is little we

need to add. It is however relevant to note that the main purpose of the second on-site visit was to see whether, as suggested, the deficiencies in the files could be cured by a look at the computer records. However, the second visit produced very little evidence of more material to supplement the deficient files.

74. As to accounting records, we have seen the audited accounts for the years to 31 March 2001 and to 31 March 2002. Newly completed accounts for the year to 31 March 2003 were also made available to us. These three documents were produced in the proceedings, in part because the version of the 2002 accounts in the Company's bundle (that supplied to the Commission on 17 June 2002) turned out to be merely a draft, and in part because of questions asked by the Tribunal about accounts during the proceedings. The accounts are drawn up in the Guernsey form, and they suggest that this is required by the Companies (Guernsey) Law 1994; the Company is a Wyoming Company and we understand had no accounting obligation until the commencement of the Fiduciaries Law. Even then, there is no requirement as far as we aware that the accounts should be drawn up in the way required by the 1994 Law. All that is required is that they should be "adequate".

75. The question whether the accounts, at least for the last two years, to 31 March 2002 and to 31 March 2003, are adequate, has exercised our minds considerably. These accounts, while indicating the auditor's opinion that the accounts give a true and fair view of the state of the companies affairs as at the relevant 31 March, then go on to qualify that opinion in an extremely important manner. The wording, which is the same in both cases, is that there is a true and fair view "Except for any adjustments to the financial statements that might have been found to be necessary had we been able to obtain sufficient evidence concerning debtors, creditors, income and expenditure during the current and prior periods". The auditors go on to say that, "in respect alone of this limitation:

We have not obtained all the information and explanations that we considered necessary for our audit; and

We were unable to determine whether proper accounting records were kept".

76. We were seriously concerned at the extent of this qualification especially since it appeared in successive years. It seems to rob the accounts of a great deal of their value as a statement of the Company's affairs. The qualification is the more surprising since the same auditors were able to sign unqualified accounts without any apparent difficulty in 2001; and yet in 2002 they indicated that they had not had sufficient evidence about debtors, creditors, income and expenditure in prior years. Mr Doyle told us that he had been advised that (as with the management letter referred to at paragraph 54 above) accounts of this kind are not unusual or surprising in young and dynamic companies. We regret to say, however, that we think he may have been advised in that sense on the basis of less challenging requirements than those which are applicable to the holder of a full fiduciary licence.

77. On balance we conclude that these accounts, although they perhaps would have been acceptable for a company to which the 1994 legislation applied which was outside the regulated sector, were not adequate for the purposes of the Fiduciaries Law. The qualifications cited above were too far reaching to enable us to reach any other conclusion.

78. We have to add that we were disappointed that the Commission seemed not to have given any real consideration to the accounts as supplied to them, and that there was nothing in the proceedings before the Commission's Enlarged Assessment Committee or in the Commission's case about accounts. It had not, so far as we could tell, applied its mind to the issue with which we have just been grappling. Indeed, it may not even have noticed that the Company's letter of 17 July 2002 was wrong to suggest that the accounts then supplied were the audited ones, since the document actually submitted was a draft. For a financial regulator concerned with the prudential supervision of important banking, insurance and other financial business, we find this surprising.

79. Our conclusion on paragraph 5(6) of Schedule 1 to the Fiduciaries Law is that the Company has not satisfied us on the question of records or that of accounting.

(omissis)

95. The Tribunal's criticisms of the Commission. We now revert to the point we first mentioned at paragraph 10. While of course we accept that no official body is ever perfect, we do think that the Commission could have set a somewhat higher standard in the handling of this case. Had they done so, we think that the case might have been resolved more speedily and with less contention. Some of our points have been mentioned in the preceding paragraphs. We would summarise them as follows:

a. On-site visits appeared rather short to us, bearing in mind the number of client cases involved in the Company's portfolio;

b. File sample rather small;

c. Limited, if any, investigation of the Company's banking arrangements, and those operated for the client companies;

d. Inadequate attention to the Company's Annual Accounts and the annual accounts required to be maintained for the client companies;

e. Limited, if any, investigation of the reasons for, method of, or consequences of the reduction in client companies from 2042 to 1113;

f. No attempt (whether with outside assistance or not) to find out what went on in the Company's premises in England;

g. No criticism at least of which we are aware of some unsatisfactory features of the Company's current website;

h. Inadequate checking of material available to the Commission – for example the requirement on the part of Mr Doyle to give details of his employment for the 15 years prior to 2001 in his personal questionnaire dated 28 March 2001, in which the details spanned 8 years only;

i. Inadequate checking of compliance with the undertakings given to the Commission to remove the Slovak Bond material from the website: this was apparently checked only after three months, and we do not know when, after that interval, the undertaking was eventually complied with.

96. We have noted these apparent imperfections in the actions of the Commission but we nonetheless consider that it has still made a case which, by any standards, overwhelmingly supports the refusal of this licence.

(omissis)

Proseguiamo la raccolta delle sentenze “storiche” sul trust.

Fidecommesso istituito all'estero con il ricavato della vendita di beni immobili italiani

Italia – Corte d'Appello di Cagliari

Cittadino inglese – testamento – sostituzione fidecommissaria – sentenza straniera – istanza per l'attribuzione di efficacia alla sentenza straniera – disposizioni contenute nel codice civile e di procedura civile – violazione di principi dell'ordinamento – rigetto dell'istanza

Corte d'Appello di Cagliari, P. Adinolfi,
Pres. Est., 12 maggio 1898 [Piercy]

Non può avere esecutorietà in Italia, per gli immobili ivi situati, la sentenza straniera che dichiara aperta una successione in forza di testamento, col quale siano nominati più fidecommissari, esecutori delle disposizioni, da sostituirsi nei casi di rinuncia, incapacità o morte, e che contenga sostituzioni fidecommissarie.

Né vien meno il vizio della sostituzione vietata per l'incarico dato ai fidecommissari di vendere gli immobili, dovendosi la successione al momento dell'apertura trasmettere in conformità alla legge.

Testo della Sentenza

Attesochè le successioni legittime e testamentarie, mentre sono regolate dalla legge nazionale della persona, della cui eredità si tratta, per quanto concerne l'ordine di succedere, la misura dei diritti successori, e l'intrinseca validità delle disposizioni, d'altra parte, rispetto ai beni stabili sono soggette alle leggi rei sitae; perocchè desse debbono regolare per i beni rustici con i rispettivi accessori, per le miniere, le acque, i molini, i bagni e tutti gli edifi, l'esercizio della proprietà, in guisa che non leda il pubblico interesse: e debbono le leggi stesse fissare i modi di trasmissione, che sieno efficaci verso i terzi, esercitando tutte tali leggi circa l'uso e la commercialità dei beni stabili molta influenza sullo sviluppo della forza produttiva, sull'igiene, la ricchezza, e quindi sulla pubblica prosperità (art. 7 ed 8 delle disposizioni preliminari al codice).

Attesochè il codice italiano (art. 899) vieta le sostituzioni fidecommissarie, ossia l'obbligo all'erede o legatario di conservare ciò che riceve dal testatore e restituire ad una terza persona. È divieto che deriva dal principio stesso pel quale sono vietate le disposizioni di manomorta a favore delle corporazioni ecclesiastiche. E a siffatta legge proibitiva del regno non puossi derogare con private disposizioni, né per sentenze straniere (art. 12 delle stesse disposizioni preliminari).

Attesochè il testamento, secondo il quale la sentenza dell'alta corte di giustizia di Londra ha giudicato di essersi aperta la successione del signor Piercy (per quanta paterna premura riveli di assicurare la conservazione del patrimonio con la buona amministrazione), presenta disposizioni e condizioni contrarie al mentovato principio e ad altri del nostro codice.

Ed invero il testatore col testamento e codicillo nomina la sua consorte e altre tre persone fidecommissari esecutori delle sue disposizioni e tutori dei suoi figliuoli; a loro conferisce il possesso di tutti i beni ereditari, con l'obbligo di vendere gli stabili tostochè reputassero conveniente di farlo, di addire i valori, che si fossero ritratti, all'uso dal testamento designato, e distribuire le rendite alle persone e nelle misure nel testamento stesso espresse. Sarà quella una disposizione conforme alle leggi inglesi; ma pel giudizio, che si dimanda a questa corte, interessa osservare quanto segue:

1° Il testamento conferisce ai fidecommissari e ai loro successori il possesso dei beni, l'amministrazione degli stessi e principalmente raccomanda di vendere e

convertire in rendita inglese tutti i beni mobili ed immobili, che fossero di natura vendibili e convertibili. E designa le norme per la sostituzione di altri a chiunque dei fidecommissari per morte, ricusa od altra causa cessasse dall'ufficio. E sono date tutte queste facoltà nel vantaggio degli eredi figliuoli del testatore, nipoti, pronipoti, della consorte stessa, della sorella, nonché del fratello e dei successori di costui. Oltrecchè tutte queste facoltà si oppongono a quelle limitate che il codice italiano attribuisce agli esecutori testamentari (art. 906 e seguenti del mentovato codice civile), certo è che per niuna parte del patrimonio i fidecommissari sono istituiti eredi: e per questa parte non è controversia nella sede presente.

2° Il testatore ha voluto suoi eredi i figli, i nipoti e successivi discendenti, la consorte, il fratello, i discendenti da lui, nonché la sorella. Mentre lascia ai figliuoli quanto possa loro spettare, ossia la metà legittima, per l'altra metà non li chiama espressamente eredi; ma tali li considera nella proprietà e nell'usufrutto e per questa metà nega loro il possesso dei beni, pure dei valori che si traggano dalla vendita degli stabili e delle cose mobili, e i valori di questa metà, conservandosi e amministrandosi dai fidecommissari, vuole il testatore che le rendite siano dai fidecom-

Nota:

Riproduciamo il testo della sentenza e la massima da Giur. it., 1898, I, 2, 612.

Contro questa pronuncia fu proposto ricorso per Cassazione: la relativa pronuncia di rigetto può leggersi in questa Rivista, 2003, 454.

missari stessi ripartite in ciascun anno agli eredi, senza alcuna anticipazione, ed alla morte di ciascuno di essi le rendite passeranno ai loro discendenti. Ecco la sostituzione fidecommissaria vietata dal codice italiano, perché ai figliuoli eredi non è dato il possesso, ma è pure imposto l'obbligo, per la metà disponibile, di non toccare la proprietà per trasmetterla ai discendenti. E somiglianti sostituzioni, siccome sopra si è esposto, furono fatte dal testatore nelle quote dei beni lasciate alla consorte ed al fratello, nel favore dei figliuoli e nipoti proprii, nonché di quelli del fratello.

Tale sistema di sostituzioni, che nega

pure all'erede il possesso d'una metà dei beni, è affatto opposto ai principii del codice italiano.

Atteso infine che il testamento, per essere valido, deve essere conforme alla legge dal momento dell'apertura della successione (art. 923 e 925 codice civile), perché le mort doit saisir le vif. E per tale principio non puossi ammettere che il vizio della sostituzione fidecommissaria cessi per gli stabili, quando gli esecutori per l'obbligo loro imposto vendessero i beni siti in Sardegna.

Laonde il testamento e la sentenza del magistrato di Londra, per gli stabili posti

in questa isola, si oppongono a leggi proibitive italiane, concernenti i beni stabili qui siti; epperò in questo territorio non potranno avere esecuzione, giusta le menovate disposizioni preliminari e l'art. 941 cod. proc. civile.

Oltre alla suindicata dichiarazione a questa corte non è attribuito di farne altra, relativamente alla spettanza dei beni in Sardegna, agli eredi che possono avervi diritto secondo la legge personale del testatore.

Per questi motivi, rigetta l'istanza per la esecutorietà della sentenza dell'alta corte di giustizia di Londra, ecc.

Legislazione**Le leggi di San Marino sui trust****San Marino**

**Pubblichiamo la legge sui trust di San Marino promulgata il 17 marzo 2005.
Di seguito pubblichiamo la legge di San Marino che disciplina il regime fiscale
dei trust amministrati da trustee autorizzati secondo le disposizioni della medesima legge.**

L'ISTITUTO DEL TRUST

**Noi Capitani Reggenti
la Serenissima Repubblica di San Marino**

Promulghiamo e mandiamo a pubblicare la seguente legge approvata dal Consiglio Grande e Generale nella seduta del 17 marzo 2005.

**TITOLO I
DISPOSIZIONI GENERALI****Art. 1
(Definizioni)**

1. Nella presente legge, si intendono per:
- a) "Autorità Giudiziaria": l'Autorità Giudiziaria della Repubblica di San Marino;
 - b) "Autorità di Vigilanza": la Banca Centrale della Repubblica di San Marino;
 - c) "bene": qualunque diritto, potere, facoltà o aspettativa suscettibile di valutazione economica;
 - d) "beni in trust": i beni che costituiscono oggetto del trust;
 - e) "disponente": colui che istituisce il trust;
 - f) "domicilio": il luogo in cui la persona ha stabilito il centro della propria vita civile;
 - g) "legge": la presente legge e le successive modifiche e integrazioni;
 - h) "residenza": il luogo in cui una persona ha la dimora abituale;
 - i) "Tribunale": il Tribunale Unico di cui alla Legge 30 ottobre 2003 n. 145 e le successive modifiche e integrazioni;
 - j) "trust con beneficiari": il trust istituito nell'interesse di uno o più beneficiari;
 - k) "trust di scopo": il trust istituito per perseguire uno o più scopi;
 - l) "trustee autorizzati": i trustee autorizzati ai sensi dell'articolo 19 della legge;
 - m) "trustee qualificati": i trustee individuati all'articolo 19, comma 4, della legge;
 - n) "trust esteri": un trust la cui legge applicabile è una legge sul trust di uno Stato estero;
 - o) "guardiano": è il soggetto che esercita il controllo sull'operato del trustee.

**Art. 2
(Nozione di trust)**

1. Si ha trust quando un trustee è titolare di beni nell'interesse di uno o più beneficiari, o per uno scopo specifico.

2. Non è incompatibile con l'esistenza di un trust la circostanza che il disponente ricopra l'ufficio di trustee, oppure si riservi alcune prerogative.

3. Il disponente e il trustee possono essere beneficiari del trust, ma il trustee non può essere l'unico beneficiario del trust.

4. Il medesimo atto istitutivo di trust può istituire trust con beneficiari e trust di scopo.

Art. 3

(Ambito di applicazione della legge)

1. La legge si applica solo ai trust istituiti per manifestazione di volontà del disponente.

Art. 4

(Legge regolatrice e riconoscimento dei trust esteri)

1. L'individuazione della legge regolatrice e il riconoscimento dei trust esteri creati per volontà del disponente e provati per iscritto sono retti dalla Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985 sulla legge applicabile ai trusts e sul loro riconoscimento.

Art. 5

(Giurisdizione della Repubblica di San Marino in materia di trust)

1. La giurisdizione dell'Autorità Giudiziaria in materia di trust sussiste quando il convenuto abbia il domicilio, la residenza, o la sede legale in San Marino, il trustee sia un trustee autorizzato, oppure il trust sia amministrato in San Marino, o la legge applicabile al trust sia il diritto della Repubblica di San Marino.

2. La giurisdizione dell'Autorità Giudiziaria può essere derogata a favore di un giudice straniero se la deroga è prevista dall'atto istitutivo del trust, o se è pattuita per iscritto.

**TITOLO II
I TRUST****CAPO I****DELL'ISTITUZIONE, DELLA DURATA E DELL'INVALIDITÀ DEL TRUST****Art. 6**

(Istituzione del trust)

1. Il trust è istituito per atto scritto. Qualora l'atto sia tra vivi, è prescritta la forma dell'atto pubblico o della scrittura con sottoscrizione autenticata da un notaio, il quale con l'autentica ne assevera la legalità.

2. Gli elementi del trust che devono risultare dall'atto istitutivo sono:

- a) la volontà del disponente di istituire il trust;
- b) l'individuazione del trustee autorizzato o qualificato;

c) l'individuazione dei beni in trust o i criteri che conducono alla medesima;

d) nel trust di scopo, lo scopo del trust, l'individuazione del guardiano o i criteri che conducono alla medesima;

e) nel trust con beneficiari, l'individuazione del beneficiario, o i criteri che conducono alla medesima;

f) il criterio di distribuzione dei beni al termine del trust per cause diverse dalla revoca del trust.

3. Qualora l'atto istitutivo non individui il trustee, o non enunci i criteri che conducono alla sua individuazione, provvede alla nomina il Tribunale, su istanza di chiunque vi abbia interesse.

4. Salva diversa previsione dell'atto istitutivo, il trust è irrevocabile.

Art. 7

(Trust di scopo)

1. L'atto istitutivo di un trust di scopo deve contenere:

a) l'individuazione di uno scopo determinato, possibile e non contrario a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume;

b) la nomina di un guardiano che abbia l'obbligo di far rispettare le disposizioni contenute nell'atto istitutivo, o i criteri che conducono alla medesima.

Art. 8

(Estratto dell'atto istitutivo)

1. Entro quindici giorni dalla data in cui riceve l'atto istitutivo del trust, il trustee ne redige un estratto contenente:

a) la denominazione del trust scelta dal disponente o, in sua mancanza, dal trustee;

b) l'indicazione della sua revocabilità o irrevocabilità;

c) l'indicazione del trustee e le eventuali limitazioni previste ai suoi poteri;

d) la data dell'atto istitutivo e la durata del trust, se prevista nell'atto istitutivo;

e) la legge regolatrice del trust;

f) una delle seguenti indicazioni:

- "è un atto istitutivo di trust con beneficiari";

- "è un atto istitutivo di trust di scopo";

- "è un atto istitutivo di trust con beneficiari e di trust di scopo";

g) la descrizione dello scopo del trust.

2. L'estratto è sottoscritto dal trustee con sottoscrizione autenticata da notaio.

Art. 9

(Registro dei trust della Repubblica di San Marino)

1. È istituito il Registro dei trust della Repubblica di San Marino. Il Registro è tenuto dall'Ufficio del Registro dei trust sotto la vigilanza di un giudice delegato dal Magistrato Dirigente.

2. Il Registro dei trust è pubblico e può rilasciare certificazione delle sue risultanze. Con decreto reggenziale da emanarsi entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della legge sono stabilite le modalità e gli effetti di iscrizione, di tenuta e di consultazione del Registro dei trust.

3. Il notaio che ha autenticato la sottoscrizione dell'estratto dell'atto istitutivo ne cura il deposito entro dieci giorni dalla data dell'autentica presso l'Ufficio del Registro dei trust.

4. L'Ufficio cura l'iscrizione del trust nel Registro trascrivendo l'estratto e rimette al notaio la certificazione attestante l'iscrizione del trust.

5. Se il notaio omette il deposito dell'estratto nel termine indicato nel comma 3, il trustee vi provvede autonomamente entro i successivi dieci giorni.

6. Il trustee deve richiedere la cancellazione del trust dal Registro entro venti giorni:

a) dall'attribuzione dei beni in trust ai soggetti aventi titolo, a seguito dell'estinzione del trust;

b) dalla modifica della legge regolatrice del trust, ferme restando le disposizioni di cui all'articolo 58;

c) dalla scoperta di una causa di nullità dell'atto istitutivo, o dal suo annullamento.

7. Le limitazioni ai poteri del trustee previste nell'atto istitutivo del trust che non siano state iscritte nel Registro non sono opponibili ai terzi di buona fede.

8. La mancata cancellazione del trust non è opponibile ai terzi, salvo che essi conoscessero l'esistenza della causa che imponeva la cancellazione del trust.

9. È comminata la sanzione di Euro 2.000,00 al notaio e al trustee che non abbiano provveduto all'iscrizione del trust entro i termini rispettivamente previsti nei commi 3 e 5. Il trustee che omette di richiedere cancellazione del trust dal Registro al ricorrere delle condizioni di cui al comma 6 è punito con la medesima sanzione pecuniaria.

Art. 10

(Durata del trust)

1. Il trust ha effetto dal momento in cui il trustee diviene titolare dei beni in trust e non può durare oltre cento anni decorrenti dalla data dell'atto istitutivo, a meno che sia un trust di scopo.

2. Se l'atto istitutivo del trust con beneficiari non ne determina la durata, o stabilisce una durata superiore a cento anni, il trust dura cento anni.

Art. 11

(Invalidità del trust)

1. Il trust è nullo qualora:

a) l'atto istitutivo sia contrario a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume;

b) l'atto istitutivo non abbia la forma richiesta dall'articolo 6, comma 1, della legge;

c) manchino o siano indeterminati i requisiti di cui all'articolo 6, comma 2, lett. a), b), c), d), e) della legge;

d) manchino i requisiti di cui all'articolo 7 della legge;

e) l'atto istitutivo del trust sia simulato, o sia simulato il trasferimento di beni al trustee.

2. Nei casi precedenti, la nullità è sanata quando la causa di essa è stata rimossa.

3. Il trust è inoltre nullo quando i beni in trust o una parte di essi servirono o furono destinati a commettere un fatto che costituisce reato, o ne rappresentano il prezzo, il prodotto o il profitto.

4. La nullità è fatta valere da chiunque vi abbia interesse e può essere rilevata d'ufficio dal Tribunale. La relativa azione è imprescrittibile.

5. La nullità del trust non pregiudica i terzi che in buona fe-

Legislazione

de abbiano acquistato diritti a titolo oneroso dal trustee dopo l'iscrizione del trust nel Registro di cui all'articolo 9.

6. La nullità di singole disposizioni comporta la nullità dell'intero atto istitutivo se risulta che il disponente non avrebbe istituito il trust senza la previsione dell'atto istitutivo colpita da nullità.

7. La nullità di singole disposizioni non comporta la nullità dell'atto istitutivo, quando le disposizioni nulle sono sostituite di diritto da norme imperative.

8. Il trust è annullabile nei casi previsti dal diritto sammarinese come cause di annullamento degli atti a contenuto patrimoniale.

Art. 12*(Beni in trust)*

1. Qualsiasi bene ai sensi della presente legge può essere oggetto di trust.

2. Sono oggetto di trust i beni di cui il trustee diviene titolare nell'esercizio del proprio ufficio, ivi inclusi quelli derivanti:

(I) dalle operazioni poste in essere dal trustee, comprese quelle di investimento e disinvestimento;

(II) dai proventi e dai frutti comunque prodotti dai suddetti beni.

3. È inoltre bene in trust quello che rappresenta il lucro conseguito dal trustee per effetto di eventuali atti o omissioni compiuti in violazione dei propri obblighi.

4. Un trustee può accettare da chiunque abbia interesse beni da aggiungere ai beni in trust senza che questi possa divenire disponente.

Art. 13*(Separazione patrimoniale e vincolo di destinazione)*

1. I beni in trust sono separati dai beni personali del trustee e da quelli di pertinenza di altri soggetti o di altri trust. In particolare:

a) i beni in trust non possono essere oggetto di azioni da parte dei creditori personali del trustee;

b) in caso di concorso dei creditori, o procedura concorsuale del trustee, i beni in trust sono separati dagli altri beni del trustee e sono esclusi dal concorso dei suoi creditori personali;

c) i beni in trust non rientrano tra quelli cui si applica il regime patrimoniale della famiglia e non sono inclusi nella successione del trustee.

2. Il trustee dispone e amministra dei beni in trust nell'interesse di uno o più beneficiari o per uno o più scopi. Il trustee è tenuto ad eseguire ogni formalità utile per tutelare l'effettività del vincolo di destinazione.

CAPO II**DELLA MODIFICA, DELLA REVOCA E DELL'ESTINZIONE DEL TRUST****Art. 14***(Modifica dell'atto istitutivo del trust)*

1. L'atto istitutivo può prevedere che le disposizioni in esso contenute e la scelta della legge regolatrice siano modificabili nell'interesse dei beneficiari o per promuovere lo scopo del trust. Qualora tale potere sia previsto, la modifica compete al soggetto individuato nell'atto istitutivo sentito il parere del guardiano ove previsto dalla legge o dall'atto istitutivo stesso; in caso di mancata individuazione, compete al trustee.

2. L'atto istitutivo di un trust con beneficiari non può essere modificato al fine di mutare il medesimo in un trust di scopo e, allo stesso modo, l'atto istitutivo di un trust di scopo non può essere modificato al fine di mutare il medesimo in un trust con beneficiari.

3. La modifica dell'atto istitutivo richiede la forma prescritta dall'articolo 6, comma 1, della legge.

4. Il trustee comunica in copia autentica all'ufficio del Registro dei trust le modifiche dell'atto istitutivo riguardanti gli elementi indicati nell'estratto di cui all'articolo 8, entro quindici giorni dal momento in cui le opera o le riceve. L'Ufficio provvede alle relative annotazioni a margine dell'estratto. In mancanza, esse sono inopponibili ai terzi di buona fede.

5. La nomina del nuovo trustee è comunicata ai sensi del comma precedente dal trustee uscente o dai rimanenti trustee. Se tale comunicazione è omessa, il trustee di nuova nomina domanda al Tribunale l'autorizzazione ad effettuare la medesima comunicazione.

6. È comminata la sanzione di Euro 2.000,00 al trustee che non effettui nei termini le comunicazioni previste nei commi precedenti.

7. La modifica dell'atto istitutivo non pregiudica gli effetti degli atti che il trustee abbia validamente compiuto prima di tale modifica.

Art. 15*(Revoca del trust)*

1. L'atto istitutivo può prevedere che il trust sia revocabile in tutto o in parte.

2. La revoca avviene con la forma richiesta per la modifica dell'atto istitutivo.

3. In caso di revoca parziale, che comporti l'attribuzione di beni ad un determinato soggetto, il trustee provvede al trasferimento nel rispetto delle cautele previste dai commi 2, 3, 4 e 5 dell'articolo 17, salva l'efficacia delle operazioni in corso riguardanti tali beni.

4. Alla revoca totale si applicano gli articoli 16 e 17. In tal caso, salvo diversa disposizione dell'atto istitutivo, il trustee provvede a trasferire i beni in trust al disponente o ai suoi successori.

5. La revoca non pregiudica l'efficacia degli atti compiuti dal trustee in conformità alla legge e all'atto istitutivo prima della comunicazione della revoca.

Art. 16*(Estinzione del trust)*

1. Oltre che per le cause previste nell'atto istitutivo, il trust si estingue:

a) per il decorso del termine;

b) per effetto della revoca totale;

c) per il raggiungimento dello scopo, ovvero per la sopravvenuta impossibilità di conseguirlo;

d) per la mancanza di beneficiari, o di soggetti che possano esserlo secondo i criteri dell'atto istitutivo;

e) per estinzione del trust da parte dei beneficiari ai sensi dell'articolo 52, comma 3.

2. L'estinzione non pregiudica l'efficacia degli atti precedentemente compiuti dal trustee in conformità all'atto istitutivo e alle norme di legge applicabili.

3. Quando il trust si estingue per mancanza dei beneficiari o dei soggetti che possono esserlo secondo i criteri dell'atto istitutivo, e manchino altresì successori del disponente, i beni in trust sono trasferiti alla Repubblica di San Marino.

Art. 17

(Distribuzione di beni in trust)

1. Verificatasi una causa di estinzione del trust, il trustee esaurisce le eventuali operazioni in corso e non intraprende nuove operazioni.

2. Redatto l'inventario dei beni in trust e la rappresentazione della situazione patrimoniale alla data in cui si verifica la causa di estinzione, il trustee trasferisce i beni in trust agli aventi diritto, secondo il criterio stabilito nell'atto istitutivo del trust. Qualora l'atto istitutivo del trust non enunci tale criterio, il trustee trasferisce i beni in trust residui al disponente o ai suoi successori, salvo che lo scopo del trust comporti la destinazione dei beni residui al perseguimento di scopi analoghi.

3. Per far fronte ad eventuali passività e a quelle di probabile manifestazione dopo i trasferimenti di cui al comma precedente, per quanto incerte nell'esistenza o nell'ammontare, il trustee ha diritto di ritenere alcuni beni in trust, oppure di ottenere idonea garanzia da parte dei soggetti cui egli deve trasferire i medesimi beni.

4. Dopo il trasferimento agli aventi diritto dei beni in trust, i creditori che vantino crediti non soddisfatti per ragioni inerenti al trust possono far valere le proprie pretese nei confronti del trustee, fino alla concorrenza del valore dei beni in trust alla data del trasferimento ai beneficiari.

**TITOLO III
 DEI SOGGETTI DEL TRUST**

**CAPO I
 DEL TRUSTEE
 SEZIONE I**

**DELLA NOMINA E DELL'AUTORIZZAZIONE ALL'ESERCIZIO
 DELL'UFFICIO**

Art. 18

(Dell'accettazione e del rifiuto della nomina nell'ufficio di trustee)

1. Il trustee nominato nell'atto istitutivo può accettare l'ufficio in modo espresso o tacito. L'accettazione è espressa quando è contenuta in un atto scritto, oppure quando il nominato assume il titolo di trustee nei rapporti con i terzi. L'accettazione è tacita quando il nominato compie un atto che presuppone necessariamente la volontà di accettare l'ufficio.

2. Colui che non intenda ricoprire l'ufficio può rifiutarlo espressamente, con dichiarazione scritta comunicata al disponente, o ai suoi successori, o ai trustee che già ricoprono l'ufficio.

Art. 19

(Trustee autorizzati e trustee qualificati)

1. L'esercizio dell'ufficio di trustee richiede l'autorizzazione da parte dell'Autorità di Vigilanza, ed è assoggettato alla vigilanza della medesima Autorità.

2. L'autorizzazione è rilasciata esclusivamente alle società bancarie, finanziarie e fiduciarie, la cui compagine sociale sia identificata dall'Autorità di Vigilanza, aventi la sede legale e la sede dell'amministrazione nella Repubblica di San Marino.

3. L'Autorità di Vigilanza stabilisce con proprio provvedimento:

- a) le condizioni e le modalità per ottenere l'autorizzazione;
- b) i requisiti di onorabilità e professionalità richiesti ai soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo nelle società che esercitano l'ufficio di trustee;
- c) i requisiti di onorabilità dei soggetti che partecipano al capitale sociale delle società che esercitano l'ufficio di trustee;
- d) le disposizioni sulla vigilanza delle società che esercitano l'ufficio di trustee, gli obblighi di comunicazione, anche in relazione alla delega di funzioni;
- e) le modalità di rinuncia all'autorizzazione;
- f) le cause di revoca e di sospensione dell'autorizzazione;
- g) le modalità di tenuta e di consultazione dell'albo dei trustee autorizzati.

4. Se nessuno tra i beneficiari, il disponente o il guardiano del trust ha la residenza, il domicilio, la cittadinanza o la sede legale nella Repubblica di San Marino, o se lo scopo del trust non deve ivi attuarsi, il compimento in San Marino di atti o operazioni inerenti a trust è inoltre consentito solo ai seguenti soggetti, aventi la sede legale e la sede dell'amministrazione fuori dal territorio della Repubblica, operanti in regime di reciprocità:

- a) banche;
- b) società fiduciarie;
- c) altre imprese di investimento;
- d) purché
 - soggette a vigilanza prudenziale;
 - tenute al rispetto delle normative antiriciclaggio;
 - non costituite o amministrate in Paesi individuati in un apposito provvedimento dell'Autorità di Vigilanza.

5. In deroga a quanto previsto dai commi precedenti, se il trust ha una pluralità di trustee ed almeno uno di essi è un trustee autorizzato, oppure, ricorrendone i presupposti, un trustee qualificato, l'ufficio di trustee può anche essere ricoperto da una persona fisica. In tal caso, i trustee prendono le proprie deliberazioni all'unanimità e operano congiuntamente.

Art. 20

(Nomina del nuovo trustee)

1. La nomina di un nuovo trustee avviene secondo le disposizioni dell'atto istitutivo, ovvero, in mancanza, da parte del Tribunale.

2. Salvo diversa disposizione dell'atto istitutivo, qualora il trust abbia una pluralità di trustee, il nuovo trustee è nominato all'unanimità dai trustee che ricoprono l'ufficio. In caso di disaccordo, provvede alla nomina il Tribunale.

3. La nomina del nuovo trustee deve essere comunicata per estratto, con atto in forma autentica depositato entro quindici giorni dalla nomina medesima, nel Registro dei trust.

SEZIONE II

DEGLI OBBLIGHI DEL TRUSTEE

Art. 21

(Buona fede e diligenza nell'adempimento)

1. Il trustee adempie gli obblighi ed esercita i poteri inerenti all'ufficio secondo buona fede e con la diligenza del buon padre di famiglia che deve provvedere alla cura di interessi non propri.

2. In relazione ai trustee autorizzati e ai trustee qualificati, o

Legislazione

ad altri soggetti in possesso di competenze professionali, la diligenza si valuta con riguardo alla natura professionale dell'attività esercitata.

Art. 22

(Tutela dell'integrità dei beni in trust)

1. Il trustee deve accertarsi che i beni in trust siano nella sua titolarità. Egli tutela l'integrità e il possesso dei beni in trust compiendo tutti gli atti necessari o utili a tal fine.

2. Il trustee deve conservare i beni in trust separati da ogni altro bene nella propria disponibilità, inclusi quelli di pertinenza di altri trust.

3. Il trustee deve depositare i titoli al portatore presso banche e altri depositari autorizzati alla custodia di valori, soggetti a vigilanza prudenziale e tenuti al rispetto delle norme antiriciclaggio. Si applicano i commi 2 e 3 dell'articolo 36.

Art. 23

(Gestione dei beni in trust)

1. Salvo diversa disposizione dell'atto istitutivo, il trustee gestisce i beni in trust con l'obiettivo di preservarne ed accrescerne il valore.

2. Compatibilmente con le disposizioni dell'atto istitutivo, il trustee persegue tale obiettivo diversificando l'investimento dei beni in trust e valutandone periodicamente la composizione.

3. Prima di procedere all'investimento, il trustee valuta l'opportunità di ottenere la consulenza di soggetti dotati di specifiche competenze professionali in materia di gestioni patrimoniali.

4. L'atto istitutivo può limitare o escludere il potere del trustee di investire i beni in trust.

Art. 24

(Conflitto di interessi e vantaggio patrimoniale)

1. Prima di accettare l'incarico, il soggetto nominato trustee con atto tra vivi deve informare per iscritto il disponente circa le eventuali cause di conflitto di cui sia a conoscenza tra gli interessi di cui è portatore a qualunque titolo e quelli del beneficiario, oppure con lo scopo del trust.

2. Il trustee nominato nel testamento che si trovi in conflitto di interessi ne dà tempestivamente notizia al Tribunale, il quale prende i provvedimenti opportuni per tutelare gli interessi del beneficiario, o lo scopo del trust.

3. Salve le disposizioni dell'atto istitutivo che attribuiscono specifici diritti o poteri al trustee, il trustee non può agire in conflitto di interessi con il beneficiario, o con lo scopo del trust. In ogni caso, il trustee non può, neppure per interposta persona:

a) acquistare la posizione giuridica di beneficiario o accettarla in garanzia;

b) stipulare atti relativi ai beni in trust con sé stesso, salvo il caso in cui operi in qualità di trustee di altro trust e ciò sia consentito dall'atto istitutivo;

c) fare concorrenza per conto proprio o di terzi all'attività esercitata come trustee.

4. Il trustee non può procurare a sé o ad altri, né direttamente né indirettamente, un vantaggio patrimoniale per effetto del suo ufficio, salvo diverse disposizioni della legge, o dell'atto istitutivo.

Art. 25

(Obbligo di imparzialità)

1. Compatibilmente con l'atto istitutivo, se il trust ha più di un beneficiario, oppure più di uno scopo, il trustee deve agire in modo imparziale.

Art. 26

(Obbligo di riservatezza nei confronti dei terzi)

1. Salvo quanto disposto dalla legge e dall'atto istitutivo, il trustee non deve rivelare a terzi, in nessun tempo, le informazioni di cui è in possesso per ragione del proprio ufficio, né impiegarle a proprio o altrui vantaggio.

Art. 27

(Contabilità e inventario)

1. Il trustee tiene la contabilità annuale dei fatti amministrativi che interessano i beni in trust e dà notizia dei risultati annualmente nel Libro degli eventi e valuta il loro valore di mercato secondo le modalità e in applicazione dei criteri stabiliti da apposito decreto reggenziale da emanarsi entro 120 giorni dalla data di entrata in vigore della legge.

2. L'annotazione deve avvenire entro il 31 marzo dell'anno successivo.

3. Il trustee redige l'inventario dei beni in trust, unitamente ad una relazione contenente il riepilogo e la descrizione dei principali eventi modificativi della consistenza e della composizione dei beni in trust.

Art. 28

(Comunicazioni)

1. L'inventario e la relazione di cui all'articolo 27 sono inviati al guardiano del trust di scopo e al guardiano del trust con beneficiari, ove nominato.

2. Nel trust con beneficiari il trustee è tenuto a comunicare a ciascun beneficiario, qualunque sia la natura del suo diritto:

a) notizia dell'esistenza del trust, del nominativo e del domicilio del trustee, e delle disposizioni dell'atto istitutivo che prevedono tale diritto;

b) notizia di tutti gli atti o i fatti che modificano o estinguono tale diritto;

c) su richiesta di tale beneficiario, entro congruo termine, un inventario limitato ai beni in trust rispetto a cui il beneficiario vanta il diritto e la stima del loro valore di mercato commisurata al diritto vantato dal beneficiario.

3. Nel trust in cui la determinazione dei beneficiari è rimessa alla discrezionalità del trustee, il trustee attesta l'esistenza del trust su richiesta dei potenziali beneficiari specificamente individuati nell'atto istitutivo e comunica loro le disposizioni dell'atto istitutivo, o eventuali atti ulteriori, che riguardano un possibile beneficio.

4. Il potenziale beneficiario che acquista un diritto determinato in seguito all'esercizio del potere discrezionale previsto al comma 3 riceve altresì le comunicazioni previste dal comma 2.

5. Le comunicazioni di cui ai precedenti commi non hanno luogo nei confronti di soggetti che rappresentano nascituri o concepiti, salvo diversa disposizione dell'atto istitutivo.

Art. 29

(Libro degli eventi)

1. Il trustee istituisce, aggiorna e custodisce il Libro degli

eventi del trust, nel quale registra in ordine cronologico gli atti e gli eventi relativi al trust. Devono in ogni caso risultare dal Libro degli eventi:

- a) l'atto istitutivo;
- b) la descrizione degli eventi riguardanti il beneficiario e lo scopo;
- c) la descrizione dei beni in trust;
- d) le attribuzioni effettuate in conformità all'atto istitutivo del trust;
- e) gli atti di delega;
- f) i procedimenti di cui il trustee sia parte in tale qualità;
- g) il dissenso manifestato ai sensi degli articoli 31 e 54;
- h) l'inventario annuale dei beni in trust;
- i) le variazioni dei trustee, co-trustee e dei guardiani.

2. Il Libro degli eventi è numerato progressivamente in ogni pagina e vidimato in ogni foglio dal notaio. Con decreto reggenziale da emanarsi entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della legge sono stabilite le modalità relative alla vidimazione.

3. Il Libro degli eventi è esibito, su richiesta, al guardiano, all'Autorità Giudiziaria, nonché alla Autorità di Vigilanza secondo le disposizioni sulla vigilanza di cui all'articolo 19, comma 3, lett. d).

4. L'atto istitutivo può attribuire ad altri soggetti il diritto di consultare il Libro degli eventi.

Art. 30

(Adempimenti a fini di pubblicità)

1. Il trustee compie gli atti che prevedono adempimenti a fini di pubblicità nella propria qualità di trustee.

Art. 31

(Obblighi dei co-trustee)

1. Ogni trustee ha diritto di partecipare alle decisioni da adottarsi all'unanimità o a maggioranza.

2. Se il trust ha più trustee, salva diversa disposizione dell'atto istitutivo, essi agiscono con decisione unanime e congiuntamente, ma ciascuno ha il potere di compiere gli atti urgenti per la conservazione dei beni in trust.

3. Se i trustee hanno facoltà di decidere a maggioranza, il trustee dissenziente annota il proprio dissenso nel Libro degli eventi del trust.

4. Nel caso in cui il trust possa essere amministrato disgiuntamente, ogni operazione relativa ai beni in trust deve essere comunicata preventivamente agli altri trustee. Costoro, se dissenzienti rispetto all'atto che il singolo trustee intende compiere, annotano il proprio dissenso nel Libro degli eventi del trust.

SEZIONE III

DEI POTERI DEL TRUSTEE

Art. 32

(Poteri del trustee)

1. Il trustee esercita sui beni in trust tutti i poteri spettanti al titolare del diritto che gestisce beni nell'esclusivo interesse altrui, o per perseguire uno scopo determinato. Salve le disposizioni di cui all'articolo 9, comma 7, il trustee dispone dei beni in trust senza limitazioni di sorta, e senza mai dovere giustificare i propri poteri.

2. Il trustee è legittimato ad agire e ad essere convenuto in giudizio in tale qualità.

Art. 33

(Potere di consultazione)

1. Il trustee può chiedere consulenza a professionisti relativamente ad atti da compiere in relazione al trust e conferire loro incarico per il compimento di una prestazione professionale.

2. L'atto istitutivo può prevedere che il trustee consulti od ottenga il consenso di un altro soggetto prima di esercitare un determinato potere.

3. Un soggetto non diviene trustee per il solo fatto di essere stato consultato o di aver prestato o rifiutato il proprio consenso ai sensi del comma precedente.

4. Mediante presentazione di motivata istanza, il trustee che si trovi in uno stato di incertezza in merito al compimento di un atto inerente all'ufficio può domandare al Tribunale di pronunciarsi al riguardo. Qualora l'istanza sia infondata, il Tribunale può proibire di addebitare i costi del procedimento ai beni in trust.

Art. 34

(Potere di delega)

1. Salvo diversa disposizione della legge o dell'atto istitutivo, il trustee può delegare i propri poteri quanto al compimento di atti o operazioni relative all'amministrazione dei beni in trust. In ogni caso, i seguenti poteri non sono delegabili:

- a) il potere di decidere secondo quali modalità e tempi attribuire i beni in trust;
- b) il potere di nominare un nuovo trustee;
- c) il potere di delega.

2. Nell'amministrare il trust, il trustee può delegare la scelta degli investimenti esclusivamente a banche e a imprese di investimento soggette a vigilanza prudenziale, costituite e amministrate in Paesi non inclusi nel provvedimento della Vigilanza di cui all'articolo 19, comma 4 della legge, le quali procedono alla selezione degli investimenti secondo i criteri specificati dal trustee in apposito documento.

3. La delega a favore di più soggetti si intende congiunta.

4. Colui che è delegato ad esercitare un potere ai sensi del presente articolo è tenuto a rispettare i medesimi obblighi del trustee ai sensi delle Sezioni II e III del presente capo.

5. Il trustee non può delegare poteri al beneficiario.

6. Il trustee vigila sull'operato del delegato e risponde delle istruzioni e delle direttive impartite a quest'ultimo.

7. Il beneficiario o il guardiano possono agire direttamente contro il delegato.

8. Se sono nominati più trustee, ciascun trustee può delegare l'esercizio del proprio ufficio agli altri co-trustee, purché siano almeno due. La delega non può avere durata superiore a centottanta giorni e non ha effetto se è compiuta per consentire o facilitare la violazione da parte degli altri trustee degli obblighi derivanti dal trust.

Art. 35

(Forma e contenuto dell'atto di delega)

1. La delega sotto pena di nullità deve:

- a) essere per iscritto ed avere data certa;
- b) individuare il delegato;
- c) individuare il trust;
- d) specificare i poteri delegati;

e) specificare la data da cui ha effetto e il periodo, o l'occasione, per cui è concessa.

Legislazione

2. Il trustee non può concedere deleghe che prevedano:
- la facoltà del delegato di nominare un proprio sostituto;
 - l'esonero di responsabilità del delegato nei confronti del trustee o del beneficiario;
 - l'irrevocabilità della delega;
 - la facoltà del delegato di agire in conflitto di interessi con il beneficiario, o con lo scopo del trust.
3. Se il trust ha un solo trustee, costui comunica per iscritto, senza indugio, la delega al soggetto che ha il potere di nominare nuovi trustee.

Art. 36*(Potere di depositare i beni in trust)*

1. Salvo quanto previsto dall'articolo 22, comma 3, il trustee può depositare i beni in trust esclusivamente presso banche ed imprese di investimento soggette a vigilanza prudenziale, costituite e amministrate in Paesi non inclusi nel provvedimento della Vigilanza di cui all'articolo 19, comma 4 della legge.
2. Il contratto ha forma scritta a pena di nullità.
3. Il trustee non può stipulare contratti che prevedano:
- il diritto del depositario di nominare un proprio sostituto;
 - l'esonero di responsabilità del depositario nei confronti del trustee o del beneficiario;
 - limiti alla facoltà del depositante di ottenere in qualunque momento la restituzione dei beni depositati;
 - la facoltà del depositario di agire in conflitto di interessi con il beneficiario, o con lo scopo del trust.

Art. 37*(Potere di assicurare i beni in trust)*

1. Il trustee può assicurare i beni in trust. I premi assicurativi e l'indennizzo possono essere imputati al capitale o al reddito, secondo le determinazioni del trustee.

Art. 38*(Potere di effettuare anticipazioni a favore del beneficiario)*

1. Salvo diversa disposizione dell'atto istitutivo, il trustee può effettuare anticipazioni a favore di un beneficiario affinché il medesimo possa affrontare eventi rilevanti della propria vita, qualora i beni in trust siano prevalentemente composti da denaro, o da beni liquidabili agevolmente.
2. In ogni caso, il trustee tiene conto delle anticipazioni effettuate nel procedere alle ulteriori attribuzioni in favore del medesimo beneficiario.

Art. 39*(Potere di accumulare frutti e proventi)*

1. Salvo quanto previsto dall'articolo 10, l'atto istitutivo può attribuire al trustee il potere di accumulare, in tutto o in parte, per un determinato periodo, i frutti e i proventi derivanti dai beni in trust.
2. Salvo diversa disposizione dell'atto istitutivo, il trustee può sempre impiegare i frutti e i proventi derivanti dai beni in trust per il mantenimento, l'istruzione o comunque a vantaggio del beneficiario minore di età.

Art. 40*(Compenso, costi e spese del trustee)*

1. Il compenso del trustee è determinato nell'atto istitutivo e viene prelevato dai beni in trust. Il trustee assolve l'incarico gratui-

tamente qualora l'atto istitutivo non preveda l'attribuzione del compenso a favore del trustee e le modalità della sua determinazione.

2. Le somme necessarie per il pagamento delle spese e dei costi sostenuti dal trustee nell'esercizio del proprio ufficio sono prelevate dai beni in trust.

3. Il trustee soddisfa i crediti maturati in tale qualità per il compenso, le spese e i costi con preferenza rispetto al beneficiario.

SEZIONE IV**DELLA CESSAZIONE DEL TRUSTEE E DEL TRASFERIMENTO DEI BENI IN TRUST****Art. 41***(Cessazione del trustee dall'ufficio)*

1. Oltre che per le cause previste dall'atto istitutivo, il trustee cessa dal proprio ufficio per:

- revoca;
- rinuncia;
- sostituzione per provvedimento dell'Autorità Giudiziaria;
- concorso dei creditori o assoggettamento ad altra procedura concorsuale;
- revoca dell'autorizzazione di cui all'articolo 19;
- morte o inidoneità della persona ad esercitare l'ufficio per ragioni di salute;
- liquidazione.

2. L'inidoneità della persona ad esercitare l'ufficio per ragioni di salute è accertata da un collegio medico specialistico nominato secondo l'atto istitutivo del trust, o in mancanza, dal Tribunale. Il collegio accerta l'inidoneità in presenza di un impedimento non meramente temporaneo, tale da compromettere la capacità del trustee di operare in modo lucido ed efficiente.

3. La rinuncia del trustee all'ufficio effettuata per consentire o facilitare la violazione da parte degli altri trustee degli obblighi derivanti dal trust non ha effetto.

4. Verificatasi la causa di cessazione dall'incarico, il trustee conserva i beni in trust al solo scopo di tutelarne l'integrità fino al trasferimento al nuovo trustee.

5. In deroga al comma precedente, il trustee sostituito per ordine dell'Autorità Giudiziaria, di cui sia stata revocata l'autorizzazione prevista dall'articolo 19, o accertata l'inidoneità, cessa dall'ufficio immediatamente ad ogni effetto.

6. Laddove vi siano più trustee, ciascuno può rinunciare all'ufficio con comunicazione scritta avente data certa ai restanti trustee. Nel trust con beneficiari, la rinuncia dell'unico trustee avviene con comunicazione scritta avente data certa inviata al soggetto che ha il potere di nominare nuovi trustee. Nel trust di scopo, la rinuncia dell'unico trustee avviene con comunicazione scritta avente data certa al guardiano.

7. Se non rimane alcun trustee autorizzato o qualificato, il trustee che ricopre l'incarico senza possedere tale qualità può compiere rispetto ai beni in trust i soli atti necessari al fine di preservarne l'integrità, finché non venga ripristinata la collegialità con la nomina di un trustee autorizzato o, se del caso, qualificato, ai sensi dell'articolo 19.

Art. 42*(Trasferimento dei beni in trust)*

1. Al verificarsi di una causa di cessazione dall'ufficio, il trustee deve senza indugio compiere gli atti necessari per privarsi

della titolarità e del possesso dei beni in trust a favore degli altri trustee, o del trustee rimanente.

2. In caso di morte, o di cessazione del trustee dall'ufficio per inidoneità, gli eredi, il rappresentante legale, o le persone che lo assistono curano senza indugio gli adempimenti di cui al comma 1.

3. In caso di nomina di un nuovo trustee, il trustee uscente o gli altri trustee compiono senza indugio gli atti necessari per consentirgli di esercitare i propri diritti e poteri.

Art. 43

(Consegna di atti e documenti)

1. Cessato dall'ufficio, il trustee consegna senza indugio ai rimanenti trustee o al nuovo trustee, tutti gli atti e i documenti di pertinenza del trust.

2. Qualora un trustee venga a mancare per morte o inidoneità, gli eredi, il rappresentante legale, o le persone che lo assistono curano gli adempimenti di cui al comma 1.

3. In caso di nomina di un nuovo trustee, gli altri trustee gli comunicano senza indugio gli atti e i documenti di pertinenza del trust.

SEZIONE V

DELLA RESPONSABILITÀ DEL TRUSTEE

Art. 44

(Inadempimento degli obblighi previsti dalla legge e dall'atto istitutivo)

1. Il trustee inadempiente ai propri obblighi è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che la perdita è stata determinata da causa a lui non imputabile.

2. Il risarcimento comprende il danno emergente e il lucro cessante.

3. Il trustee non è esonerato da responsabilità benché il danno sia compensato in tutto o in parte dal lucro derivante dall'inadempimento, salvo che il lucro sia prodotto dallo stesso atto da cui deriva il danno.

4. Il trustee non è responsabile delle violazioni commesse da altri prima della sua nomina. Egli deve, in ogni caso, adottare tutte le misure idonee per porre rimedio alle violazioni di cui venga a conoscenza.

5. Salvo quanto previsto dall'articolo 34, comma 6, il trustee non è responsabile dell'inadempimento dei soggetti delegati, laddove la delega sia stata conferita in buona fede e con la diligenza richiesta.

Art. 45

(Responsabilità dei co-trustee)

1. I trustee sono solidalmente responsabili dei danni derivanti dalle violazioni di legge e dell'atto istitutivo commesse nell'esercizio dell'ufficio.

2. Il trustee non risponde dei danni causati da un co-trustee, laddove abbia trascritto il proprio dissenso nel Libro degli eventi del trust e lo abbia immediatamente comunicato al soggetto eventualmente individuato nell'atto istitutivo, oppure, in mancanza, al beneficiario e al guardiano.

3. In ogni caso, i trustee sono solidalmente responsabili se, essendo a conoscenza della violazione, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento, o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose.

Art. 46

(Responsabilità solidale del beneficiario)

1. È solidalmente responsabile con il trustee il beneficiario che abbia istigato, richiesto o autorizzato l'inadempimento del trustee.

Art. 47

(Esonero da responsabilità)

1. Sono nulle le disposizioni dell'atto istitutivo e i patti che escludono o limitano preventivamente la responsabilità del trustee per dolo o colpa grave.

2. Il beneficiario capace di agire può esonerare il trustee dalla responsabilità per i danni cagionati nei suoi confronti, essendo a piena conoscenza dei fatti.

3. Alle medesime condizioni, il beneficiario può accollarsi il debito del trustee che sia responsabile di violazioni commesse senza dolo o colpa grave.

4. Il Tribunale può esonerare, anche parzialmente, da responsabilità il trustee inadempiente che abbia agito in buona fede e secondo la diligenza richiesta se, alla luce di tutte le circostanze, l'inadempimento è scusabile.

Art. 48

(Prescrizione)

1. Il diritto al risarcimento del danno si prescrive in cinque anni dal momento in cui il beneficiario può esercitare la corrispondente pretesa.

2. Se il beneficiario è minore di età o temporaneamente incapace, la prescrizione decorre dal momento in cui egli diviene maggiorenne, o cessa lo stato di incapacità.

3. La prescrizione si interrompe mediante intimazione o richiesta di pagamento comunicata per iscritto, o per riconoscimento del diritto. La prescrizione è sospesa nei confronti del beneficiario minorenni o incapace, e nel caso in cui vi sia stato dolo in pregiudizio delle ragioni derivanti dal trust, finché il dolo non sia stato scoperto.

Art. 49

(Responsabilità del trustee per le obbligazioni contratte verso i terzi)

1. Nell'assumere obbligazioni nei confronti dei terzi, il trustee dichiara espressamente di agire nella propria qualità di trustee di un trust; in tale ipotesi il trustee limita la propria responsabilità per l'adempimento al valore dei beni in trust alla data in cui le obbligazioni furono assunte.

2. Nel caso in cui il trustee, nell'assumere obbligazioni nei confronti dei terzi, agisca senza compiere la dichiarazione di cui al comma primo, la sua responsabilità è comunque limitata ai casi di dolo e colpa grave.

3. Ai fini del presente articolo il disponente, il trustee, il beneficiario ed il guardiano non sono considerati terzi.

CAPO II DEL BENEFICIARIO

Art. 50

(Nozione)

1. È beneficiario il soggetto nell'interesse del quale il trust è istituito.

2. Se il trust prevede una pluralità di beneficiari, nessuno dei

Legislazione

quali esistente al momento dell'istituzione del trust, almeno uno di essi deve venire in essere entro trenta anni dal momento in cui il trust ha effetto.

3. L'atto istitutivo può prevedere che uno o più soggetti siano aggiunti o esclusi dalla posizione giuridica di beneficiario, mediante atto compiuto nelle forme previste per l'atto istitutivo del trust.

4. L'atto istitutivo può sottoporre la posizione giuridica di uno o più beneficiari a condizione o a termine, oppure può limitarne o escluderne il trasferimento a titolo gratuito od oneroso.

Art. 51*(Diritti del beneficiario)*

1. Oltre alle comunicazioni previste nell'articolo 28, il beneficiario ha diritto al rendiconto con cadenza almeno annuale e può prendere visione degli atti e documenti riguardanti i propri diritti e farne copia.

2. Il trustee non è tenuto a rivelare al beneficiario le ragioni per cui ha esercitato in un determinato modo un potere discrezionale che è a lui rimesso, o a comunicare atti o documenti da cui risultino tali ragioni, salvo che la rivelazione o la comunicazione sia imposta da un provvedimento giudiziario.

Art. 52*(Rinuncia, differimento dell'attribuzione ed estinzione del trust per volontà dei beneficiari)*

1. Il beneficiario può rinunciare in tutto o in parte alla propria posizione giuridica con atto compiuto nelle forme previste per l'atto istitutivo del trust. La rinuncia ha effetto ed è irrevocabile dal momento in cui perviene al trustee.

2. Salvo diversa disposizione dell'atto istitutivo, il beneficiario può richiedere per iscritto al trustee di differire il trasferimento in proprio favore dei beni in trust, oppure può pretendere che sia eseguito a favore del soggetto che egli indica.

3. Se tutti i beneficiari sono maggiorenni e capaci di agire essi possono, con decisione unanime, pretendere l'estinzione del trust e il trasferimento dei beni in trust in proprio favore.

Art. 53*(Atti di disposizione della posizione giuridica di beneficiario a favore di terzi)*

1. Salvo diversa previsione dell'atto istitutivo, il beneficiario può alienare, dare in garanzia, o comunque disporre in tutto o in parte della propria posizione giuridica con atto compiuto nelle forme previste per l'atto istitutivo del trust. Tali atti hanno effetto nei confronti del trustee dal momento in cui gli sono notificati.

2. Gli atti di cui al comma 1, contrari all'atto istitutivo del trust, sono inefficaci.

3. Se il beneficiario compie più atti dispositivi a favore di diversi soggetti, ha effetto l'atto notificato per primo al trustee, benché esso sia di data posteriore.

**CAPO III
DEL GUARDIANO****Art. 54***(Ufficio del guardiano)*

1. L'atto istitutivo di trust di scopo prevede l'ufficio del guardiano.

2. L'atto istitutivo del trust con beneficiari può prevedere l'ufficio del guardiano.

3. Il guardiano adempie gli obblighi ed esercita i poteri inerenti all'ufficio secondo buona fede e con la diligenza del buon padre di famiglia. Qualora abbia competenze professionali, la diligenza si valuta con riguardo alla natura professionale dell'attività esercitata.

4. L'atto istitutivo del trust può prevedere la remunerazione del guardiano. Il guardiano ha diritto al rimborso delle spese e dei costi sostenuti per ragioni inerenti all'ufficio, salva diversa disposizione dell'atto istitutivo.

5. L'atto istitutivo può conferire al guardiano taluni poteri, tra cui il potere di:

- a) nominare un nuovo trustee, o di aggiungerne a quelli esistenti;
- b) nominare un nuovo guardiano, eventualmente in aggiunta rispetto a sé;
- c) revocare il trustee dall'ufficio;
- d) disporre il veto sull'esercizio di alcuni poteri del trustee;
- e) aggiungere o escludere beneficiari;
- f) modificare la legge regolatrice del trust;
- g) verificare il rendiconto del trust.

6. L'esercizio dei poteri elencati nel comma 5 non conferisce al guardiano l'ufficio di trustee.

7. Il guardiano non può essere beneficiario del trust.

8. Salvo diversa disposizione dell'atto istitutivo, se vi sono più guardiani di un trust, essi decidono a maggioranza. Ogni guardiano ha diritto di partecipare alle decisioni da adottarsi a maggioranza o all'unanimità e deve essere adeguatamente informato dell'oggetto della decisione. Il guardiano dissenziente fa annotare senza ritardo il proprio dissenso nel Libro degli eventi del trust.

9. Salvo quanto disposto dalla legge e dall'atto istitutivo, il guardiano non deve rivelare a terzi, in nessun tempo, le informazioni di cui è in possesso per ragione del proprio ufficio, né impiegarle a proprio o altrui vantaggio.

10. Salvo diversa previsione dell'atto istitutivo, il guardiano uscente nomina il guardiano successivo. Qualora costui non provveda, il nuovo guardiano è nominato dal Tribunale.

11. Si applicano al guardiano, in quanto compatibili, gli articoli 41 e 43 della legge.

**TITOLO IV
DEI POTERI DEL TRIBUNALE****Art. 55***(Poteri del Tribunale)*

1. Oltre agli altri poteri attribuiti al Tribunale dalla legge, il trustee, il beneficiario o il guardiano, possono rivolgere istanza al giudice per ottenere un provvedimento in ordine:

- (I) all'adempimento di un obbligo o all'esercizio di un potere dell'ufficio di trustee o di guardiano;
- (II) alla sostituzione del trustee o del guardiano che ha commesso una grave violazione della legge o dell'atto istitutivo;
- (III) alla nomina di un nuovo trustee o di un nuovo guardiano;
- (IV) agli atti di amministrazione e disposizione dei beni in trust.

2. Il trustee, qualora lo ritenga opportuno, rivolge al giudice

istanza per essere autorizzato a compiere un atto utile che non rientri tra i suoi poteri. Il Tribunale pronuncia in merito stabilendone i termini e le condizioni.

3. Il soggetto designato trustee rivolge al giudice istanza per ottenere i provvedimenti previsti dall'articolo 24, comma 2.

4. Nel nominare o sostituire un trustee, il giudice dispone in relazione alla custodia e al trasferimento dei beni in trust, nonché agli atti e ai documenti pertinenti.

5. Salvo diverso ordine del giudice, il trustee e il guardiano nominati ai sensi del presente articolo hanno gli stessi diritti, obblighi e poteri di quelli nominati nell'atto istitutivo.

6. Il giudice decide sulle spese del procedimento giudiziario.

Art. 56

(Azione cautelare)

1. Il beneficiario o il guardiano che abbiano fondato motivo di ritenere che il trustee stia per omettere un atto dovuto, o per compiere un atto che viola la legge o l'atto istitutivo del trust, possono adire il Tribunale in via cautelare per ottenere i provvedimenti cautelari del caso.

2. L'introduzione della causa nel merito non sospende gli effetti del provvedimento cautelare adottato dal Tribunale.

Art. 57

(Azione di separazione)

1. Qualora il trustee abbia confuso i beni in trust con altri beni, il trustee cui non si debba la confusione, il beneficiario o il guardiano, hanno diritto di ottenerne la separazione. La pretesa si estende ai beni di qualunque genere con cui i beni originari siano eventualmente stati sostituiti e ai loro frutti.

2. Sono salve, in ogni caso, le azioni di risarcimento del danno ai sensi dell'articolo 44, e ogni altra azione esperibile a tutela del trust.

3. L'azione di separazione non si prescrive.

TITOLO V

DISPOSIZIONI APPLICABILI SOLO AI TRUST ESTERI

Art. 58

(Forma degli atti istitutivi ed iscrizione dei trust esteri nel Registro dei trust della Repubblica di San Marino)

1. Gli atti istitutivi di trust esteri compiuti da persone fisiche residenti o domiciliate in San Marino o da enti aventi la sede dell'amministrazione a San Marino sono sottoposti ai medesimi requisiti di forma previsti dall'articolo 6, comma 1, della legge.

2. I trust esteri con sede di amministrazione nella Repubblica di San Marino devono essere iscritti in apposita sezione del Registro dei trust. Si applica l'articolo 8, nonché i commi 3, 4, 5 e 6 dell'articolo 9.

TITOLO VI DISPOSIZIONI PENALI

Art. 59

(Esercizio abusivo dell'ufficio di trustee)

1. Chiunque esercita l'ufficio di trustee senza l'autorizzazione di cui alla presente legge, al di fuori dai casi previsti dall'articolo 19, commi 4 e 5, è punito con l'arresto di secondo grado o con la multa da Euro 8.000,00 a Euro 12.000,00. La violazione dell'arti-

colo 19, commi 4 e 5, comporta le stesse sanzioni previste per l'esercizio non autorizzato dell'ufficio di trustee, salva l'applicazione delle norme penali seguenti.

Art. 60

(Sottrazione o distrazione di beni in trust)

1. Se il trustee sottrae o comunque distrae i beni in trust, a proprio o ad altrui profitto, si applica la disposizione dell'articolo 197, comma 3, del Codice Penale, sostituita l'interdizione di quarto grado dalla professione o dall'arte con l'interdizione di quarto grado dall'ufficio di trustee.

Art. 61

(Conflitto d'interessi)

1. Il trustee che, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, agisce in conflitto di interessi, cagionando un danno patrimoniale ai beneficiari del trust o ai soggetti destinati a trarre vantaggio dalla realizzazione dello scopo del trust, è punito con la prigionia di secondo grado o con la multa a giorni di terzo grado e l'interdizione dall'ufficio di trustee di secondo grado.

Art. 62

(Violazione dell'obbligo di rendicontazione)

1. Il trustee che omette di tenere, in tutto o in parte, la contabilità relativa ai beni in trust è punito, qualora dal fatto derivi un danno patrimoniale ai beneficiari del trust o ai soggetti destinati a trarre vantaggio dalla realizzazione dello scopo del trust, con l'arresto di secondo grado e l'interdizione dall'ufficio di trustee di secondo grado.

Art. 63

(Falsità nelle scritture contabili relative al trust)

1. Il trustee che nella contabilità o nell'inventario relativi ai beni in trust, ovvero nelle scritture contabili relative al trust previste dalla presente legge e dalla legge sul regime fiscale dei trust regolati dalla legge della Repubblica di San Marino amministrati da trustee autorizzati, espone dati o fatti in tutto o in parte non rispondenti al vero, ovvero nasconde in tutto o in parte dati o fatti veri, è punito con la prigionia di secondo grado e con la multa a giorni di terzo grado, nonché con l'interdizione dall'ufficio di trustee di secondo grado.

TITOLO VII DISPOSIZIONI FINALI

Art. 64

(Adempimenti relativi alla registrazione e al deposito di atti)

1. Fermo quanto previsto all'articolo 52 del Decreto del 26 aprile 1995 n. 56, gli atti rogati o autenticati all'estero devono, prima dell'uso nella Repubblica ai fini della presente legge, essere depositati e conservati presso un Notaio esercente nella Repubblica entro trenta giorni dalla data dell'atto. Con il verbale di deposito, il Notaio ne assevera la legalità.

Art. 65

(Entrata in vigore)

1. La Convenzione richiamata nell'articolo 4 della legge ha immediato effetto ai soli fini interni dall'entrata in vigore della presente legge.

Legislazione

2. La presente legge entra in vigore il quinto giorno successivo a quello della sua legale pubblicazione.

Dato dalla Nostra Residenza, addì 22 marzo 2005/1704 d.F.R.

I CAPITANI REGGENTI
(*Giuseppe Arzilli – Roberto Raschi*)

IL SEGRETARIO DI STATO
PER GLI AFFARI INTERNI
(*Rosa Zafferani*)

**REGIME FISCALE DEI TRUST REGOLATI DALLA
LEGGE DELLA REPUBBLICA DI SAN MARINO AM-
MINISTRATI DA TRUSTEE AUTORIZZATI**

Noi Capitani Reggenti
la Serenissima Repubblica di San Marino

Promulghiamo e mandiamo a pubblicare la seguente legge approvata dal Consiglio Grande e Generale nella seduta del 17 marzo 2005.

Art. 1
(*Definizioni*)

1. Nella presente legge, si intendono:
 - a) per “bene”, qualunque diritto, potere, facoltà o aspettativa suscettibile di valutazione economica;
 - b) per “beni in trust”, i beni oggetto di trust ai sensi dell’articolo 12 della legge sui trust;
 - c) per “legge”, la presente legge e le sue successive modifiche e integrazioni;
 - d) per “legge sui trust”, la legge della Repubblica di San Marino regolante l’istituto del trust e le sue successive modifiche e integrazioni;
 - e) per “periodo d’imposta”, ciascun anno solare, ovvero, se diverso, ciascun periodo di amministrazione del trust di durata non superiore a dodici mesi;
 - f) per “trustee autorizzati”, i trustee che hanno ricevuto autorizzazione all’esercizio dell’ufficio ai sensi della legge sui trust;
 - g) per “valore normale”, il valore determinato:
 - (I) per le azioni, le obbligazioni e le altre attività finanziarie negoziate in mercati regolamentati, in base alla media aritmetica dei prezzi rilevati nell’ultimo mese solare antecedente la data di riferimento;
 - (II) per le altre azioni, quote di società non azionarie, titoli o quote di partecipazione al capitale di enti diversi dalle società, in proporzione al valore del capitale economico della società o dell’ente, ovvero, per le società o enti di nuova costituzione, al valore economico complessivo dei conferimenti;
 - (III) per le obbligazioni e le altre attività finanziarie diverse da quelle indicate nei precedenti punti (I) e (II), in via comparativa rispetto al valore normale dei titoli aventi analoghe caratteristiche negoziati in mercati regolamentati e, in mancanza, in base ad altri elementi determinabili in modo obiettivo;
 - (IV) per i beni diversi da quelli indicati nei precedenti pun-

ti (I), (II) e (III) e per i servizi, sulla base del prezzo o corrispettivo mediamente praticato per i beni e i servizi della stessa specie o similari, in condizioni di libera concorrenza e al medesimo stadio di commercializzazione, nel tempo e nel luogo in cui i beni o servizi sono stati acquisiti o prestati, e, in mancanza, nel tempo e nel luogo più prossimi.

Art. 2

(*Ambito soggettivo di applicazione*)

1. La legge si applica, anche in deroga rispetto ad altre disposizioni fiscali vigenti in materia, ai trust istituiti in conformità alle previsioni contenute nella legge sui trust, fiscalmente residenti nel territorio della Repubblica di San Marino e non esercenti professionalmente attività d’impresa, arti o professioni.
2. Si considerano fiscalmente residenti nella Repubblica di San Marino i trust amministrati da almeno un trustee che abbia ricevuto l’autorizzazione all’esercizio dell’ufficio ai sensi della legge sui trust.

Art. 3

(*Imposta sui redditi dei trust*)

1. Il trust è soggetto passivo dell’imposta sui redditi dei trust.
2. L’aliquota dell’imposta sui redditi dei trust è quella prevista al primo comma dell’articolo 12 della Legge 13 ottobre 1984 n. 91 e successive modifiche ed integrazioni.
3. Gli obblighi di dichiarazione, liquidazione e versamento dell’imposta sui redditi dei trust gravano sul trustee, il quale è solidalmente responsabile dell’obbligazione tributaria del trust.

Art. 4

(*Rendicontazione della situazione patrimoniale, finanziaria e reddituale del trust*)

1. Ai fini dell’applicazione della presente legge, il trustee deve tenere la contabilità dei fatti amministrativi che interessano i beni di ogni trust di cui ricopre l’ufficio di trustee. Le scritture contabili devono essere tenute, separatamente per ogni trust, in forma sistematica e secondo norme di ordinata contabilità, essendo dirette a seguire analiticamente le variazioni intervenute nella consistenza dei beni in trust.
2. Il trustee redige l’inventario dei beni in trust, unitamente a una relazione scritta contenente il riepilogo della consistenza e della composizione dei predetti beni in trust dalla data in cui il trust inizia ad avere effetto, ai sensi dell’articolo 10 della legge sui trust e, successivamente, almeno ogni dodici mesi, dando altresì evidenza, in tale sede, degli eventi modificativi che hanno interessato i predetti beni. L’inventario deve essere redatto in modo tale da distinguere il capitale rispetto ai proventi e ai frutti derivanti dai beni in trust.
3. Il trustee deve redigere un prospetto riepilogativo dei predetti proventi e frutti realizzati e incassati dal trust in ciascun periodo d’imposta.
4. L’inventario periodico e il prospetto riepilogativo dei proventi e dei frutti realizzati e incassati dal trust devono essere redatti e sottoscritti dal trustee entro cinque mesi dalla data di chiusura di ciascun periodo d’imposta.

Art. 5

(*Determinazione del reddito imponibile del trust*)

1. Il reddito imponibile del trust è determinato applicando il

coefficiente di redditività del dieci per cento all'ammontare complessivo dei proventi e dei frutti, in denaro e natura, derivanti dai beni in trust, anche a titolo risarcitorio del mancato guadagno, realizzati e percepiti in ciascun periodo d'imposta. Nel predetto ammontare non sono computati i proventi e i frutti derivanti da immobili situati nel territorio della Repubblica di San Marino.

2. Il coefficiente di redditività di cui al comma 1 è tuttavia pari al cinquanta per cento quando i proventi e i frutti derivanti dai beni in trust siano costituiti da utili, dividendi o quote di partecipazione agli utili distribuiti da società o enti fiscalmente residenti, o comunque domiciliati, in Stati o territori aventi un regime fiscale privilegiato, individuati con il Decreto Reggenziale 24 gennaio 2005 n. 2.

3. Per i redditi derivanti da beni immobili situati nel territorio della Repubblica di San Marino e inclusi tra i beni in trust si applicano le disposizioni in materia di imposte sui redditi previste dalla Legge 13 ottobre 1984 n. 91 e successive modifiche e integrazioni, con riferimento alle società e agli enti aventi personalità giuridica fiscalmente residenti nel territorio della Repubblica di San Marino. I redditi prodotti per effetto della titolarità di diritti relativi ai predetti beni immobili concorrono, con il reddito determinato ai sensi dei precedenti commi, alla formazione del reddito complessivo del trust.

Art. 6

(Credito d'imposta per i redditi prodotti all'estero)

1. Le imposte assolute all'estero a titolo definitivo sui proventi e sui frutti realizzati e percepiti dal trustee per conto del trust sono detraibili, a norma della Legge 30 aprile 2004 n. 55, dalle imposte sul reddito dovute dal trust nel limite del dieci per cento, oppure del cinquanta per cento, nel caso previsto dall'articolo 5, comma 2, della legge.

Art. 7

(Ritenute sugli atti di attribuzione di proventi e frutti)

1. All'atto dell'attribuzione ai beneficiari fiscalmente non residenti di proventi e di frutti derivanti dai beni in trust, definiti da apposito decreto reggenziale da emanarsi entro centoventi giorni dalla entrata in vigore della legge, il trustee opera una ritenuta a titolo d'imposta del quindici per cento sulle somme o sul valore normale dei beni attribuiti. Entro due mesi dalla chiusura di ciascun periodo d'imposta, il trustee comunica all'Amministrazione finanziaria della Repubblica di San Marino la cittadinanza e la residenza degli effettivi beneficiari economici delle predette attribuzioni eseguite nel corso dello stesso, nonché l'ammontare delle corrispondenti ritenute operate.

2. Il trustee non opera tuttavia alcuna ritenuta laddove, entro due mesi dalla chiusura del periodo d'imposta in cui siano intervenute le attribuzioni di proventi e di frutti derivanti da beni in trust, di cui al primo comma, comunichi altresì all'Amministrazione finanziaria della Repubblica di San Marino le generalità degli effettivi beneficiari economici delle predette attribuzioni, indicandone i dati anagrafici, la cittadinanza, la residenza e ogni altro dato o informazione richiesta.

3. In caso di attribuzioni a favore di beneficiari fiscalmente residenti di proventi e di frutti derivanti dai beni in trust, il trustee è tenuto a comunicare all'Amministrazione finanziaria della Repubblica di San Marino, entro due mesi dalla chiusura del pe-

riodo d'imposta in cui le stesse siano intervenute, le generalità degli effettivi beneficiari economici delle predette attribuzioni, indicandone i dati anagrafici, la cittadinanza e ogni altro dato o informazione richiesta.

4. Le norme di cui ai commi precedenti si applicano, in quanto compatibili, anche in caso di distribuzione finale dei beni in trust, sebbene con esclusivo riferimento ai proventi e ai frutti derivanti dai predetti beni.

5. Le modalità di esecuzione delle comunicazioni di cui al presente articolo verranno individuate con decreto reggenziale da emanarsi entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della legge.

6. Il versamento delle ritenute di cui al presente articolo dovrà avvenire entro il bimestre successivo a quello della loro applicazione.

Art. 8

(Presentazione della dichiarazione dei redditi dei trust.

Versamento dell'imposta sui redditi dei trust. Accertamento dell'imposta sui redditi dei trust)

1. Entro cinque mesi dalla chiusura di ciascun periodo d'imposta il trustee presenta la dichiarazione dei redditi di ogni trust di cui ricopre l'ufficio di trustee e provvede al versamento dell'imposta sul reddito dei trust liquidata in conformità alle previsioni della legge.

2. Le modalità di presentazione della dichiarazione di cui al comma precedente e di versamento dell'imposta sul reddito dei trust verranno individuate con decreto reggenziale da emanarsi entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della legge.

3. L'atto di accertamento d'ufficio o in rettifica deve essere notificato, a pena di decadenza, entro il 31 dicembre del secondo anno successivo a quello nel quale è stata presentata o doveva essere presentata la dichiarazione cui l'accertamento si riferisce. In caso di omessa dichiarazione o di nullità della stessa l'atto di accertamento deve essere notificato entro il 31 dicembre del terzo anno successivo a quello in cui la dichiarazione avrebbe dovuto essere presentata.

Art. 9

(Altre tasse ed imposte del trust)

1. Nessun altro tributo, al di fuori di quelli previsti dalla legge, è dovuto per gli atti di disposizione a titolo gratuito, compiuti dal disponente in favore del trustee, oppure mediante i quali i beni in trust o i proventi e i frutti derivanti da beni in trust sono attribuiti ai beneficiari, anche in sede di distribuzione finale dei medesimi, fatta eccezione:

a) per la tassa di iscrizione dell'estratto dell'atto istitutivo del trust al Registro dei trust, pari a Euro 500,00;

b) per la tassa annuale di mantenimento dell'iscrizione del trust nel predetto Registro, pari a Euro 250,00;

c) per la tassa di iscrizione delle modifiche delle previsioni contenute nell'estratto trascritto nel predetto Registro, pari a Euro 150,00;

d) per l'imposta sulle importazioni di cui alla Legge 22 dicembre 1972 n. 40 e successive modifiche, relativa alla importazione di merci e servizi connessi nella Repubblica di San Marino;

e) per l'imposta di registro di cui alla Legge 29 ottobre 1981 n. 85 e successive modifiche, relativa agli atti di trasferimento di immobili siti nella Repubblica di San Marino in favore dei be-

Legislazione

neficiari, i quali, indipendentemente dal fatto che siano a titolo oneroso o gratuito, sono comunque soggetti alle formalità della registrazione, mediante il pagamento dell'imposta prevista al n. 1, Tariffa "A", allegata alla citata legge e successive modifiche.

2. Tutti gli atti relativi al trust, diversi da quelli per i quali la legge prevede altrimenti, sono soggetti a registrazione in esenzione da imposta.

3. Il versamento delle tasse di cui ai punti a) e c) avviene a cura del soggetto che ha provveduto alla richiesta di iscrizione dell'estratto, ovvero di modifica del medesimo. Al versamento della tassa di cui al punto b) provvede il trustee entro il 31 gennaio di ogni anno. Il versamento delle imposte di cui ai punti d) ed e) avviene nei modi e nei tempi previsti dalle rispettive leggi di riferimento.

Art. 10

(Disposizioni finali)

1. Per quanto non disposto dalla legge, si applicano le norme in materia di prescrizione, accertamento, riscossione e sanzioni amministrative e penali previste per le società e gli enti aventi

personalità giuridica fiscalmente residenti nel territorio della Repubblica di San Marino.

Art. 11

(Entrata in vigore)

1. La presente legge entra in vigore il quinto giorno successivo a quello della sua legale pubblicazione.

Dato dalla Nostra Residenza, addì 22 marzo 2005/1704 d.F.R.

I CAPITANI REGGENTI

(Giuseppe Arzilli – Roberto Raschi)

IL SEGRETARIO DI STATO
PER GLI AFFARI INTERNI

(Rosa Zafferani)

Trusts and Trustees Act – I Parte

Malta

Pubblichiamo qui di seguito la prima parte della nuova legge sui trust di Malta, come risulta a seguito delle modifiche ad essa apportate nel 2004. La seconda parte della legge sarà pubblicata sul prossimo numero della Rivista.

To make provision with respect to Trusts and to provide for matters ancillary or incidental thereto.

30th June, 1989

ACT XXXV of 1988, as amended by Acts XIV of 1989, XX of 1994 and XIII of 2004 (see transitory provision at end of Chapter).

Short title. 1. The short title of this Act is the Trusts and Trustees Act.

Interpretation. 2. (1) In this Act, unless the context otherwise requires -

“the Act” means the Malta Financial Services Authority Act;

“approved jurisdiction” means a jurisdiction which has been approved by the Authority for the purposes of this Act;

“approved person” means a person of good reputation possessing experience and qualifications in financial, fiduciary, accounting or legal services and approved by the Authority as being fit and proper to carry out the duties of a trustee;

“the Authority” means the Malta Financial Services Authority;

“beneficiary” means a person entitled to benefit under a trust or in whose favour a discretion to distribute property held in trust may be exercised;

“body of persons” means any company, fellowship, society or other association of persons, whether vested with legal personality or not;

“breach of trust” has the meaning assigned to it by article 4;

“charitable purpose” means any charitable and philanthropic purpose, and without prejudice to the generality of the aforesaid, includes in particular:

(a) the advancement of education, including physical education and sports;

(b) the advancement of religion;

(c) the advancement of health;

(d) social and community advancement;

(e) the advancement of culture, arts and national heritage;

(f) the advancement of environmental protection and improvement;

(g) the promotion of human rights, conflict resolution and reconciliation;

but does not include a political purpose.

For the purposes of this definition “political purpose” means the promotion of the interests of a political party or a political candidate, whether at local, national or international level, or to seek or oppose changes in the law or government policy or decisions except when such law or government policies or decisions directly concern the achievement of charitable purposes;

“commercial transaction” means the following transactions and any transactions connected or ancillary thereto:

(a) securities offerings, whether to the public or for private placement, portfolio management and custody of investment instruments;

(b) the securitisation of assets;

(c) the grant of real or personal security interests including hypothecs, mortgages, privileges, pledges and guarantees;

(d) collective investment schemes;

(e) employee benefit or retirement schemes or arrangements;

(f) syndicated loan agreements and other multi-creditor banking facilities;

(g) insurance policies and the payment of proceeds thereunder;

(h) timeshare and multi-property structures, and

(i) such other commercial transactions as may be prescribed in a Notice issued by the Minister;

“company” means a limited liability company duly formed and registered under any law for the time being in force in Malta, and includes a similar body corporate incorporated or registered abroad;

“the Convention” means the Hague Convention on the law applicable to trusts and on their recognition, which was adopted by the Hague Conference on Private International Law on the 20 October 1984, and which came into force on the 1 January 1992 set out in all material parts in the Schedule;

“corporate trustee” means a trustee which is a legal person wherever incorporated;

“Court” means the Civil Court in its voluntary jurisdiction unless otherwise indicated or unless the context refers to any court seized of a matter in which case it is the court where the matter arises;

“foreign trust” means a trust the proper law of which is not the law of Malta;

“Malta’s international commitments” means Malta’s commitments, responsibilities and obligations arising out of membership of, or affiliation to, or relationship with, any international, global or regional organisations or grouping of countries or out of any treaty, convention or other international agreement, however called, whether bilateral or multilateral, to which Malta is a party;

“Maltese trust” means a trust whose proper law is the law of Malta;

“Minister” means the Minister responsible for finance;

“operating in Malta” means the existence of an office, branch, or other centre of professional or commercial activities of a regular nature in Malta and does not include one or more unconnected and sporadic acts;

Legislazione

“person” includes a body of persons;

“prescribed” means prescribed by regulations made under this Act;

“property” means property of any kind or description, whether movable or immovable, personal or real, and wherever situated, and in relation to rights and interests whether vested, contingent, voidable or future;

“recognised investment exchange” shall have the same meaning assigned to it by the Financial Markets Act;

“register” includes any kind of record;

“remuneration” means any compensation or reward for acting as a trustee to be paid out of trust property in accordance with the terms of trust, or otherwise, other than the reimbursement of expenses of the trustee or the indemnification in favour of the trustee for expenses, liabilities and other claims;

“resident in Malta” shall mean, in case of an individual, a person whose habitual residence is in Malta and in case of a company, a company registered in Malta;

“settlor” means the person who makes the trust and includes a person who provides trust property or makes a disposition on trust or to a trust;

“terms of a trust” means the written or oral terms of a trust, expressed or implied, and any other terms made applicable by the proper law;

“trust” has the meaning described in article 3, and includes the trust property, the rights, powers, duties, interests, relationships and obligations under a trust;

“trustee” in relation to property, means the person or persons holding or in whom the property is vested on terms of trust in accordance with the provisions of this Act or is otherwise deemed to be a trustee under this Act;

“trust instrument” means the instrument whereby the trust is created and includes any instrument varying the terms of the trust and also a unilateral declaration of trust;

“trust property” means the property for the time being held on trust;

“unilateral declaration of trust” has the meaning assigned to it by subsection of article 7(3);

“unit trust” means any trust established for the purpose of, or having the effect, or providing, for persons having funds available for investment, facilities for the participation by them as beneficiaries under the trust, in any profits or income arising from the acquisition, holding, management or disposal of any property whatsoever, being a collective investment scheme as defined in the Investment Services Act.

(2) Any reference in this Act to any law, or provision thereof, shall be construed as a reference to that law or provision as from time to time in force, and shall include a reference to any enactment replacing such law or provision, and to any subsidiary legislation made thereunder.

(3) Words and expressions used in this Act with reference to any other law shall, so far as necessary to give effect to this Act and consistently with the provisions thereof, have the same meaning as they have in the law with reference to which they are used in the Act.

(4) In this Act and in any regulations made thereunder, if there is any conflict between the English and Maltese text, the English text shall prevail.

TRUSTS

Meaning of trust. 3. (1) A trust exists where a person (called a trustee) holds, as owner or has vested in him property under an obligation to deal with that property for the benefit of persons (called the beneficiaries), whether or not yet ascertained or in existence, which is not for the benefit only of the trustee, or for a charitable purpose, or for both such benefit and purpose aforesaid.

(2) The trust property shall constitute a separate fund owned by the trustee, distinct and separate from the personal property of the trustee and from other property held by the trustee under any other trust.

(3) The trust property is held by or in the name or under the control of the trustee who shall have full power as well as the duty for which he is accountable, to administer, employ or dispose of the trust property in accordance with the terms of the trust and any special duties imposed on the trustee by any law applicable thereto, to sue and be sued in respect of the trust and otherwise to act in all matters concerning the trust.

(4) The holding of property under trusts shall have the following legal effects:

(a) that personal creditors of the trustee shall have no recourse against the trust property;

(b) that the trust property shall not form part of the trustee's personal estate upon his insolvency or bankruptcy; and

(c) that the trust property shall not form part of the matrimonial property of the trustee or his spouse nor part of the trustee's estate upon his death.

(5) A trustee shall be entitled to appear or act in his capacity as trustee before any court, any notary or any person acting in an official capacity. Where the trustee desires to register property, movable or immovable, or documents of title to them, he shall be entitled to do so in his capacity as trustee or in such other way that the existence of the trust is disclosed.

(6) Trusts create fiduciary obligations upon the trustee in favour of the beneficiary of the trusts. The settlor of trusts shall have no rights in relation to trust property except as provided by this Act.

Breach of trust. 4. Any breach of duty imposed on a trustee by this Act or by the terms of the trust or by the proper law of the trust, and any act or neglect on the part of the trustee which is not authorised or excused by this Act, or the proper law of the trust or the terms of the trust, shall be and is by this Act defined a breach of trust.

Proper law of trusts. 5. (1) Subject to the provisions of this Act, a trust shall be governed by its proper law and shall be interpreted and be enforceable accordingly.

(2) The proper law of the trust shall be determined in accordance with this Act.

(3) The terms of a trust may provide for the proper law of the trust to be changed to the law of another jurisdiction.

Applicability of Convention. 5A. (1) The provisions of articles 1 to 12, 14, 15, 16 (the first paragraph only), 17, 18 and 22 (the first paragraph only) of the Convention as set out in the Schedule shall have the force of law in Malta.

(2) Those provisions shall, so far as applicable, have effect not only in relation to the trusts described in article 2 and 3 of the Convention but also in relation to any other trusts of property arising under the law of another country.

(3) In article 17 of the Convention, the reference to a State includes a reference to any country or territory (whether or not a party to the Convention) which has its own system of law.

(4) Article 22 of the Convention shall not be construed as affecting the law to be applied in relation to anything done or omitted before the coming into force of the Recognition of Trusts Act.

(5) Nothing in the Convention shall have any effect on the interpretation of the laws of Malta relating to fiscal matters.

Validity and recognition of trusts. 6. (1) When the proper law of a trust is the law of Malta as the chosen applicable law of the trust or as determined in accordance with article 7 of the Convention, notwithstanding the provisions of any other law, the validity of the trust, its construction, its effects and the administration of the trust shall be governed by this Act and other provisions of Maltese law on trusts.

(2) When the proper law of a trust is a foreign law as the chosen applicable law of the trust or as determined in accordance with article 7 of the Convention, notwithstanding the provisions of any other law, the validity of the trust, its construction, its effects and the administration of the trust shall be governed by such foreign law and shall be recognised and given effect to in Malta in accordance with the Convention and this Act.

(3) The administration of a trust may be regulated by a law different from the proper law of the trust.

(4) Trusts created or recognised in accordance with this Act are not prohibited by articles 331, 757 to 761 and 1776 of the Civil Code.

(5) Article 586 of the Civil Code shall not affect any term of a trust because it relates to the inheritance of the settlor or because a disposition relating to property under trusts is to take effect after the death of the settlor.

(6) Subject to the provisions of article 11 and article 21(7), when a commercial transaction includes the appointment of a trustee to hold property under trusts in relation to such transaction, the trust shall operate in accordance with the express terms of the trust instrument.

Mandatory rules to prevail. 6A. (1) Subject to the provisions of subarticle (2), in the case of a trust governed by Maltese law, where the law of Malta contains provisions with regard to the following matters -

- (i) the protection of minors or incapable parties;
- (ii) the personal and proprietary effects of marriage;
- (iii) succession rights, testate and intestate, especially the indefeasible shares of spouses, ascendants and descendants;
- (iv) the transfer of title to property and security interests in property;
- (v) the protection of creditors in matters of insolvency;
- (vi) the protection, in other respects, of third parties acting in good faith,

which cannot be derogated from by voluntary act, such laws shall prevail over the terms of the trust unless otherwise expressly provided in this Act or in other provisions of applicable law relating to trusts and related matters.

(2) To the extent that there exist rules of mandatory application the courts shall apply such mandatory rules subject to the provisions of article 6B.

(3) When a trust is governed by Maltese law and has no connection to Malta by reason of the domicile of the settlor at

the time of settlement of the property on trust or the situs of the property, when immovable, the trust shall be governed by the provisions of this Act except that the provisions of subarticle (1) shall not apply in any manner. In such cases no regard shall be had to:

(i) the domicile, habitual residence, registration, authorisation or place of business in Malta of the trustee or any protector or any person rendering administration, accounting or other services to the trustee; or

(ii) the fact that the proper law of the trust is Maltese Law; or

(iii) the situs of property in Malta, when movable; or

(iv) the place of execution of the deed of trust, any documents relating to the trusts or the trust property or other transaction documents is Malta.

(4) In the case of a foreign trust, the provisions of subarticle (1) shall only apply to such trust when the settlor is domiciled in Malta at the time of creation of the trust, subject always to the rules stated in article 6B.

(5) In the case of a foreign trust, when the settlor of such a trust is not domiciled in Malta at the time of the creation of the trust, the provisions of this Act shall apply only in so far as they regulate the recognition or otherwise in Malta of the effects of such trust.

(6) To the extent that there exist rules of mandatory application in the law applicable in the circumstances in terms of Maltese private international law, the courts of Malta may apply such mandatory rules subject to the provisions of article 6B.

(7) When a court is requested to recognise a foreign judgment which enforces any rules of mandatory application as referred to in subarticle (6), the court may accede to such request subject to the provisions of article 6B.

Management of conflict provisions. 6B. In order to ensure that the provisions of applicable law which cannot be derogated from by voluntary act are applied in a manner which preserves the trust relationship as far as possible, the following rules shall apply:

(a) the application of the mandatory rules shall not produce the failure or invalidity of the trust, and where possible, the trust shall continue under the same terms in relation to property which is unaffected by such mandatory laws. Subject to any order of the court, the affected property shall be held by the trustee in trust for the settlor absolutely, or if he is dead, for his heirs;

(b) the trustee shall be empowered to -

(i) vary the terms of the trust in so far as relates to the nature or the extent of benefit; or

(ii) do such acts as are necessary and legally permissible,

so that the beneficiary derives the benefits in accordance with the intentions expressed by the settlor in the trust instrument in a manner compatible with the mandatory rules and any property which becomes free from trusts for any reason shall be held by the trustee in trust for the settlor absolutely, or if he is dead, for his heirs;

(c) for the purposes of resolving conflicts between the trust relationship and any mandatory provisions and to enable the continuance of the trust as specified in paragraphs (a) and (b), the terms of the trust, where silent, shall be deemed to include:

(i) the power, without any obligation to do so, of the trustee to reduce the trust assets and return all or part of them to the set-

Legislazione

tlor or the estate of the settlor so as to achieve compliance with such provisions of law;

(ii) the power of the trustee to enter into arbitration and mediation agreements and to reach a compromise to disputes and claims by third parties; and

(iii) the power to seek directions from the Court on such matters;

such powers being exercisable notwithstanding any contrary provisions of the trust and, provided the trustee acts honestly, in good faith and reasonably, such acts shall not constitute a breach of trust.

(d) the property of the settlor which is not settled in trust should first be utilised, to the extent possible, to meet the claims of any person seeking to invalidate or reduce a trust;

(e) notwithstanding any other applicable law, the trustee may meet a valid claim being made against the trust property, whether voluntarily or as a result of a court direction, order or judgement, by a payment of value in money and shall not be obliged to return property settled in trust in kind;

(f) any person who succeeds in reducing the property under trusts or obtains a court order to invalidate a trust in part or who enjoys the benefits of an arrangement with the trustee as provided in paragraph (c)(i), shall forfeit the benefits under the trusts, unless the terms of the trust expressly state otherwise or the trustee considers it unreasonable in the circumstances and obtains the consent of the Court to maintain in force trusts in favour of such person subject to such conditions as the Court may consider appropriate;

(g) in any event and notwithstanding any provision of law, a trustee shall not be subject to an obligation to pay or return more than the trust property held by him under trust, after deducting any fees and costs, and he shall not be subject to any obligation to account for any distributions made by him in good faith prior to having written notice of any claim.

Creation of trust. 7. (1) Within the meaning of article 3, a trust may come into existence in any manner.

(2) Without prejudice to the generality of subarticle (1), a trust may come into existence unilaterally or otherwise by oral declaration, or by an instrument in writing including by a will, by operation of law or by a judicial decision.

Provided that where assets are held, acquired or received by a person for another on the basis of oral arrangements of a fiduciary nature, express or implied, there shall be presumed to be a mandate regulated by Title XVIII of Book Second of the Civil Code or a deposit regulated by Title XIX of Book Second of the Civil Code, as the case may be, unless there is evidence of an intention to create an oral trust.

(3) A unilateral declaration of trust is a declaration in writing made by a trustee stating that it is the trustee of a trust, containing all the terms of the trust as well as the names or the information enabling the identification of all the beneficiaries.

(4) A unit trust shall be created by a written instrument.

Jurisdiction of the Maltese courts. 8. (1) The Courts of Malta shall have jurisdiction where -

(a) the trust is a Maltese trust; or

(b) the trustee is resident in Malta or is a trustee authorised by the Authority, or is otherwise constituted in terms of Maltese law; or

(c) any trust property is situated in Malta; or

(d) administration of any trust property is carried on in Malta.

(2) Notwithstanding the provisions of the Code of Organization and Civil Procedure, when the trust instrument contains a provision granting jurisdiction to the courts of the country the law of which expressly governs the trust, the Courts in Malta shall, on demand of any party to the proceedings, provided it is made in limine litis, stay proceedings which may be instituted in Malta in favour of the chosen forum.

Provided that the court may in any case issue such interim orders for the protection of any interested party as it considers appropriate, and provided further that the court shall enjoy a discretion on whether to stay the proceedings if the trust property consists of immovable property in Malta or the settlor or the beneficiaries are domiciled and resident in Malta.

(3) Subject to the above, the provisions of Sub-title III of Title II of Book Third of the Code of Organization and Civil Procedure (Of Pleas to the Jurisdiction) shall apply.

Rights of beneficiaries. 9. (1) A beneficiary has an entitlement, called a beneficial interest, in or to the trust property, as the case may be. The beneficiary may enjoy the beneficial interest subject to the terms of the trust and the provisions of this Act and any other provisions of law applicable to trusts.

(2) Rights of a beneficiary are personal to him and, subject to any applicable laws and only as stated in the terms of the trust, creditors, spouses, heirs or legatees of the beneficiary may have rights only to the extent of the beneficiary's entitlements under the trusts and have no other rights in relation to the trust property or the trustee.

(3) The interest of a beneficiary under a trust shall be deemed to be movable property, even if the trust property includes immovable property.

(4) A person shall not be entitled to benefit under a trust unless he is -

(a) identifiable by name; or

(b) ascertainable by reference to a class or to a relationship to some person, whether or not living at the time which under the terms of the trust is the time by reference to which members of a class are to be determined;

and if there are no beneficiaries identifiable or ascertainable as aforesaid the trust shall, unless the purpose of the trust is a charitable purpose, fail.

(5) Persons who are not yet conceived at the time of the settlement of property under trusts may be named as beneficiaries or form part of a class of beneficiaries but their rights arise only once they are born viable.

(6) A settlor of a trust may also be a beneficiary under the trust.

(7) The terms of the trust may provide for the addition of a person as a beneficiary, the exclusion of a beneficiary from benefit, or the imposition on a beneficiary of an obligation as a condition for benefit.

(8) When the trustee is granted the power to add a person as a beneficiary such power shall be valid on condition that such person is identifiable by name or forms part of a class of persons the members of which are reasonably individually identifiable, such identification to be given either in the trust instrument or in any other written instrument, signed by the settlor, whether binding or not on the trustee.

(9) A person who may be added as a beneficiary in terms of a power granted to the trustee shall not enjoy any rights in relation to the trust property or against the trustee and shall not be considered a beneficiary in any manner until appointed as a beneficiary by the trustee.

(10) It shall be lawful for a trustee to be granted the discretion as to which beneficiaries are to benefit, the quantity of any benefit, at what time and in what manner beneficiaries are to benefit and such other powers relating to the appointment, application or advancement of trust property.

(11) A beneficiary in whose favour a discretion to appoint or advance property may be exercised shall have no rights in or to specific trust property until such time as such discretion is exercised by the appointment, application or advancement of such trust property in favour of such beneficiary.

Provided that nothing in this subarticle shall be construed as excluding the duty of the trustee to properly and fairly consider all such beneficiaries in the exercise of his discretion.

(12) A beneficiary may, by instrument in writing, disclaim his whole interest and such a disclaimer shall be irrevocable.

(13) Subject to the terms of the trust, a beneficiary may disclaim part of his interest, whether or not he has received some benefit from his interest; in any such case, but subject to the terms of the trust, a disclaimer may, by the instrument by which the interest is disclaimed, be made revocable, and shall then be capable of revocation in the manner and under the circumstances therein mentioned or referred to.

(14) Subject to the terms of the trust, a beneficiary may, by instrument in writing, sell, charge, transfer or otherwise deal with his interest in any manner.

(15) The provisions of this article shall apply to testamentary trusts notwithstanding the provisions of articles 688, 693 and 695 and any other provisions of the Civil Code.

Additional trust property. 10. (1) Subject to the terms of the trust, a trustee may accept the settlement of any additional property under the same terms of the trust.

(2) The trust property shall be such property as is settled in trust by the settlor, that subsequently added, all fruits therefrom and property which represents the original or added property.

Failure of a trust. 11. (1) A trust shall fail -

(a) if it requires, purports or encourages the doing of any act which is a criminal offence under the laws of Malta or would be such offence if done in Malta;

(b) if it has income accruing to, or derived by it, which originates from an operation, transaction or other activity which is a criminal offence under the laws of Malta or which, if carried out in Malta, would be such an offence, or comprises property the receipt, ownership or control of which is or would be such an offence as aforesaid.

(2) Trusts shall fail if any court declares that their purpose or the terms of trust are not possible, or illegal, immoral or contrary to public policy, or otherwise tainted by error, fraud or violence, or any other reason which invalidates legal acts according to the laws of Malta.

(3) The Court may declare the failure of all or of only one or more purposes or terms of the trust and shall have the power to direct that the purposes or terms which can be properly separated from the failed purposes or terms continue to be valid and enforceable subject to any directive it may give.

(4) Where the trustee of a trust is of the opinion that the trust is or may be wholly or in part invalid he shall seek directives from the court as to the validity or otherwise of the trust and as to any matter concerning the property subject to that trust and his obligations in relation thereto.

(5) Directives as provided in subarticle (4) may also be requested by the settlor, and by any of the beneficiaries.

(6) Property as to which a trust has wholly or partially failed shall, subject to any order of any court or a direction issued in terms of article 38C, be held by the trustee in trust for the settlor absolutely, or if he is dead, for his heirs.

Duration of trusts. 12. (1) A trust may continue until the one-hundredth anniversary of the date on which it came into existence and, unless sooner terminated, shall then terminate.

(2) Subarticle (1) shall not apply to a trust for a charitable purpose or to a unit trust.

Protective trust. 13. (1) The terms of a trust may make the interest of a beneficiary -

(a) liable to termination; or

(b) subject to restriction on alienation or dealing; or

(c) subject to diminution or termination in the event of the beneficiary becoming bankrupt, or insolvent, or any of his property becoming liable to seizure for the benefit of his creditors; or

(d) not liable to attachment under a garnishee order issued against the trustee or to termination without the prior consent of the Court, when the interest is expressed to be for the maintenance of the beneficiary or as a pension.

(2) In the case of a testamentary trust and where the benefit to the beneficiary consists in an annuity or pension or the use and enjoyment of property and the enjoyment of fruits therefrom, the terms of the trust may make the interests of the beneficiary -

(a) subject to restriction on alienation or dealing;

(b) not liable to attachment under a garnishee order served on the trustee as garnishee; or

(c) not liable to termination without the prior consent of the Court.

Variation of terms of a trust. 14. Where the terms of a trust provide for the variation of its terms such power to vary shall be without prejudice to the power vested by this Act in the court for the variations of the terms of a trust.

Revocation of a trust. 15. (1) Where a trust or a power exercisable under a trust is by the terms thereof, expressed to be -

(a) revocable, whether wholly or in part; or

(b) capable of variation,

no such revocation or variation shall prejudice anything lawfully done by a trustee in relation to a trust before he receives notice of such revocation or variation.

(2) Subject to the terms of the trust, if a trust is revoked the trustee shall hold the trust property in trust for the settlor absolutely.

(3) Where a trust is partly revoked subarticle (2) shall apply to the property affected by the revocation.

(4) Where trusts have been settled by more than one settlor and are expressed to be revocable, such trusts may only be revoked with the express consent of all settlors.

(5) Unless the terms of a trust expressly provide that the trust is revocable or capable of variation, the settlor may not revoke or amend the trust instrument.

Legislazione

Lapse of interest or termination. 16. (1) Subject to the terms of a trust and to any order of the court, where -

(a) an interest under a trust lapses; or

(b) a trust terminates; or

(c) there is no beneficiary and no person who can become a beneficiary in accordance with the terms of the trust,

the interest of the property affected by such lapse, termination or lack of beneficiary shall be held by the trustee in trust for the settlor absolutely or, if he is dead, for his heirs.

(2) Where an interest or property is held by a trustee for a charitable purpose which has ceased to exist or is no longer applicable, that interest or property shall be held for such charitable purposes as the court may declare to be consistent with the original intention of the settlor, or as the court may otherwise determine.

(3) In this section "settlor" means the particular person who provided the interest or property affected as mentioned in subarticle (1).

(4) An application to the court under this section may be made by any of the persons mentioned in article 37(3).

Termination of a trust. 17. (1) On the termination of a trust, the trust property shall be distributed by the trustee within a reasonable time in accordance with the terms of the trust to the persons entitled thereto.

(2) Notwithstanding the provisions of subarticle (1), the trustee may require to be provided with reasonable security for liabilities whether existing, future, contingent or otherwise before distributing trust property.

(3) Subject to the provisions of this section and notwithstanding the terms of the trust, where all the beneficiaries are in existence and have been ascertained and no one of them is interdicted or a minor, they may require the trustee to terminate the trust and distribute the trust property among them.

(4) The court may, on the termination of a trust, or at any other time -

(a) require the trustee to distribute trust property;

(b) direct the trustee not to distribute trust property; or

(c) make such other order as it thinks fit.

(5) In this section "liabilities" includes contingent liabilities.

(6) An application to the court under this section may be made by any of the persons mentioned in article 37(3).

TRUSTEES

Appointment of trustees. 18. (1) Trustees are appointed by, or as provided in, the trust instrument, and in such number as may be so provided.

The fact that there may not be a trustee in office at any time shall not operate as a cause of invalidity or termination of any trusts and in such cases the matter shall be determined by the terms of the trust and the provisions of this article.

(2) A trustee may be a natural person provided he is of full age and legal capacity and not under any legal impediment to so act. A trustee may also be a juridical person the objects of which include acting as a trustee.

(3) Where there is no trustee or there is a vacancy among the trustees which cannot otherwise be filled, the last former trustee or any trustee, or any beneficiary or the Attorney General may apply to the court for the appointment of a new trustee.

(4) The court -

(a) upon being satisfied that an application made by beneficiary has been served on the last former trustee or on at least one of the other trustees, if any; and

(b) having heard the representations made by the said trustee or trustees, or by any beneficiary; and

(c) having ascertained that the trustee indicated for the purpose in the application or otherwise intended for appointment as the new trustee is willing to act,

may make an order appointing a new trustee.

(5) Subject to the terms of the trust, a trustee appointed as a new trustee under this section shall have the same powers, discretions and duties as if he had originally been appointed trustee.

(6) On the appointment of a new trustee anything requisite for vesting the trust property in or under the control of the trustee for the time being shall be, and may be required by the trustee or any beneficiary to be, done.

(7) In the case of death of a trustee, his heirs or testamentary executor shall be bound to immediately transfer all trust property to a successor trustee appointed in terms of the trust instrument or by the Court. In the case of the insolvency, dissolution or winding up of a corporate trustee, such obligation shall be performed by any person having authority to bind the corporate trustee being, a director, liquidator, provisional administrator or similar functionary and this irrespective of any proceedings or formalities applicable upon such events. Until such time as such obligation is performed, all persons in control of trust property shall be obliged to preserve the trust assets and shall be bound by fiduciary obligations towards the beneficiaries.

Acceptance of trust. 19. (1) No one is obliged to accept an appointment as trustee, but if any person who is so appointed does any act or thing in relation to the trust property consistent with the status of a trustee of that property, such person shall be deemed to have accepted the appointment as trustee.

(2) A trustee who has not accepted and is not deemed to have accepted appointment as trustee may disclaim such appointment within a reasonable period of time after becoming aware of it by notice in writing to the settlor or to the other trustees.

(3) If the settlor is dead or cannot be found and there are no other trustees, the trustee to which subarticle (2) applies may apply to the court for relief from the appointment and the court may make such order as it thinks fit.

Resignation and removal of trustees. 20. (1) Subject to the provisions of subarticle (2), a trustee may resign as trustee by notice in writing to his co-trustees and in the case of there being no other trustee, to the beneficiaries or, if impracticable, to at least one beneficiary, or if there are none to whom notice can be given, to the settlor or to the trustee's duly appointed successor and the resignation shall take effect on delivery of the aforesaid notice.

(2) A resignation -

(a) given in order to facilitate a breach of trust; or

(b) which would result in there being no trustee, shall have no effect.

Provided that a trustee may resign office notwithstanding the provisions of paragraph (b), if, before the resignation takes effect, application is made to the court for the appointment of a new trustee and a new trustee has been so appointed.

(3) A trustee shall cease to be a trustee immediately upon -

- (a) the removal of the trustee by the court; or
 - (b) the coming into effect of a provision in the terms of a trust under which the trustee is removed from office or otherwise ceases to hold office; or
 - (c) steps are taken for the winding up of, or declaration of bankruptcy, of the person acting as trustee.
- (4) A trustee ceasing to be a trustee shall concur in executing all documents necessary for the vesting of the trust property in or under the control of the new trustee and such obligation of the person ceasing to be a trustee shall be capable of forced execution by the court.

Duties of trustees. 21. (1) Trustees shall in the execution of their duties and the exercise of their powers and discretions act with the prudence, diligence and attention of a bonus paterfamilias and observe the utmost good faith.

(2) Subject to the provisions of this Act, trustees shall carry out and administer the trust according to its terms; and, subject as aforesaid, the trustees shall ensure that the trust property is vested in them or is under their control and shall, so far as reasonable and subject to the terms of the trust, safeguard the trust property from loss or damage.

Provided that the granting of security by assignment or pledge as authorised by the terms of the trust is permitted.

Provided further that the transfer by the trustee of trust property to a legal entity wholly owned or controlled, directly or indirectly, by the trustee or to another trust of which he is the sole trustee or to another trustee under trusts for the sole benefit of the trustee, shall be permitted and in such case the duties and liabilities of the trustee under this Act or the deed of trust shall not be diminished or otherwise affected in any manner whatsoever.

(3) Except as permitted by this Act or as expressly provided by the terms of the trust, a trustee shall not, without the authority of the court -

- (a) directly or indirectly profit from the trusteeship; or
- (b) cause or permit any other person to profit directly or indirectly from the trusteeship; or
- (c) on his own account, with a person related to him by affinity or consanguinity in the direct line or up to the third degree in the collateral line or with a partner in any partnership, enter into any transaction related to trust property.

(4) Trustees shall keep accurate accounts and records of their trusteeship and shall, upon a request by any beneficiary, disclose such accounts and records to such beneficiary and shall, subject to the terms of the trust, provide a copy of such accounts within a reasonable time of a request.

Provided that it shall be lawful for a beneficiary to suspend such rights in favour of an independent third party in cases where the beneficiary is required to do so by any agreement or by law as a result of any existing or potential conflict of interest, and this for such time as the said conflict of interest subsists and under such conditions as may be agreed or are otherwise applicable.

(5) Trustees shall keep trust property distinct and separate from their own property as well as from any other property held by them under any other trust or title, and separately identifiable therefrom.

Provided that trustees may, if expressly permitted by the terms of the trust, or in any case where the trust property consists of fungible things, place and keep trust property in a common pool of identical assets or in a clients' or common account.

(6) Trustees shall not enjoy any benefits under any trust of which they are the sole trustee without the prior authority of -

- (a) the Authority, in case of a trustee authorised in terms of article 43 or not required to be authorised in terms of article 43(6); or
- (b) the Court, in any other case.

Provided that in case of an express fixed trust in favour of the trustee, only prior notification in writing to the Authority shall be required.

Provided further that a transfer of property by the trustee to another trust of which he is the sole trustee or sole beneficiary, shall not be deemed to be a benefit under this subarticle.

Provided further that remuneration for acting as a trustee or indemnification for expenses, liabilities and other claims shall not be treated as a benefit under a trust.

Provided further that this subarticle shall not apply to a trustee holding property in relation to a commercial transaction.

(7) Notwithstanding the provisions of this Act and other provisions which cannot be derogated from by voluntary act, when a commercial transaction includes the appointment of a trustee to hold property in relation to such transaction, the duties and liabilities of trustees as stated in this Act may be varied by the terms of the trust and shall be regulated exclusively by the express terms of the trust or any applicable legislation.

Provided that nothing in this subarticle shall permit a trustee to be exonerated from the effects of, or be indemnified for, his own fraud, wilful misconduct or gross negligence.

Co-trustees. 22. (1) Where the trustees are more than one they shall, subject to the terms of the trust and except as otherwise provided therein -

- (a) act jointly in the performance of their duties and the exercise of their powers, unless in urgent cases it is not possible for any one or more of them so to act;
- (b) not exercise any power or discretion unless all the trustees are in agreement;

and where the terms of the trust empower the trustees to act by a majority, a trustee who dissents from a decision of the majority, shall cause his dissent to be recorded in writing.

(2) Trust property shall at all times vest in the co-trustees in possession between them pro indiviso.

Impartiality of trustees. 23. Where the trust provides for more than one beneficiary, or more than one charitable purpose or for at least one beneficiary and at least one charitable purpose, trustees shall be impartial and shall not execute the trust for the advantage of one and to the detriment or at the expense of another, except to the extent that they are so authorised or required by the terms of the trust.

Powers of trustees. 24. (1) Subject to the terms of the trust and to the provision of this Act, a trustee shall, in relation to the trust property, have all the powers of a natural person having the absolute title to such property.

(2) A trustee shall exercise his powers in the interest of the beneficiaries and in accordance with the terms of the trust.

Protector. 24A. (1) The terms of a trust may provide for the office of protector of the trust.

(2) Subject to the terms of the trust, the protector shall have the following powers:

- (a) to appoint a new or additional trustee;

Legislazione

(b) to remove a trustee;

(c) to require the trustee to obtain his discretion.

(3) In the exercise of his office the protector shall not be deemed to be a trustee.

Delegation by trustees. 25. (1) A trustee may not delegate his powers unless permitted to do so by this Act, or by the terms of the trust, or by the court.

(2) Except where the terms of the trust specifically provide to the contrary, a trustee -

(a) may delegate management of trust property to and employ investment managers whom the trustee reasonably considers competent and qualified to manage the investment of trust property;

(b) may employ accountants, advocates, attorneys, bankers, brokers, custodians, investment advisers, nominees, property agents, solicitors and other professional agents or persons to act in relation to any of the affairs of the trust or to hold any of the trust property.

(3) A trustee who in good faith and without neglect makes a delegation or an appointment in accordance with the provisions of this section, shall not be liable for any loss arising to the trust in consequence thereof.

(4) A trustee may authorise a person referred to in subarticle (2) to retain any commission or other payment usually payable in relation to any transaction.

Accumulation, advancement or appropriation of trust property. 26. (1) Where the terms of the trust direct or authorise the accumulation for a period of all or part of the income of the trust, the trustee shall distribute the income of the trust which is not accumulated as required or authorised by the terms of the trust.

(2) Subject to the terms of the trust, and subject to any prior interest or charges affecting the trust property, where a beneficiary is a minor and whether or not his interest is a vested interest or an interest which will become vested on attaining the age of majority or a later age or upon the happening of any event, the trustee may -

(a) accumulate the income attributable to the interest of such beneficiary pending the attainment of the age of majority or such later age or the happening of such an event; or

(b) apply such income or part of it to or for the maintenance, education or other benefit of such beneficiary; or

(c) advance or appropriate to or for the benefit of any such beneficiary such interest or part of such interest.

(3) The receipt given by a parent or the lawful guardian of a beneficiary who is a minor shall be sufficient discharge to the trustee for a payment made under subarticle (2).

(4) Subject to the terms of the trust, and subject to any prior interest or charges affecting the trust property, the trustee may advance to, or apply for the benefit of, a beneficiary part of the trust property prior to the date of the happening of the event upon the happening of which the beneficiary becomes entitled absolutely thereto.

(5) Subject to the terms of the trust, a trustee may appropriate trust property in or towards the satisfaction of the interest of a beneficiary in such manner and in accordance with such valuation as the trustee may think fit.

(6) Any part of the trust property advanced, applied or appropriated as aforesaid shall be brought into account in deter-

mining from time to time the share of the beneficiary in the trust property.

(7) No part of the trust property advanced, applied or appropriated as provided in this section shall exceed the presumptive, contingent or vested share of the beneficiary in the trust property.

Appointment or assignment of trust property. 27. Where the terms of the trust confer on the trustee or on any other person power to appoint or assign all or any part of the trust property or any interest in the trust property to, or to trustees for the benefit of, any person, such power shall, subject to the terms of the trust, have effect whether or not such person was a beneficiary of the trust immediately prior to such appointment or assignment.

Remuneration and expenses of trustees. 28. (1) Unless authorised by the terms of the trust, or by the consent in writing of all the beneficiaries or by any order of the court, a trustee shall not be entitled to remuneration for services rendered.

(2) A trustee may reimburse himself or pay out of the trust all expenses properly incurred by him in connection with the trust.

Duty of trustee to provide information. 29. (1) A trustee shall, so far as is reasonable and within a reasonable time of receiving a request in writing to that effect, provide full and accurate information as to the state and amount of the trust property, including the accounts of the trust, and subject to subarticle (2), the conduct of the trust administration to:

(a) the Court;

(b) subject to the terms of the trust, the settlor;

(c) the protector of the trust;

(d) subject to the terms of the trust, any beneficiary of the trust who is of full age and capacity, or if a minor, to his lawful guardian or representative;

(e) subject to the terms of the trust, any charity referred to by name for the benefit of which the trust was established; and

(f) in case of a trust established for a charitable purpose, the Attorney General or the relevant authority under applicable law.

(2) Subject to the terms of the trust and to any order of the court given for special reasons, a trustee or any other person shall not be required to disclose to any person any document or information which -

(a) discloses the trustee's deliberations as to the manner in which a power or discretion was exercised, or a duty conferred or imposed by law or by the terms of the trust was performed;

(b) discloses the reason for any particular exercise of such power or discretion or performance of duty or the material upon which such reason will be or might have been based;

(c) relates to the exercise or proposed exercise of such power or discretion or the performance or proposed performance of such duty.

(3) Unless the terms of the trusts expressly determine the time when and the method how beneficiaries are to be informed of their entitlement under a trust, the trustee shall be obliged to inform any beneficiary of his entitlement, in writing, within a reasonable time of his accepting to act.

(4) When the terms of the trust grant a discretion in terms of article 9(10), the terms of the trust may suspend until such time as a discretion is exercised in their favour the duty of the trustee to inform such beneficiaries that they may benefit under

the trust or that they form part of a class of beneficiaries which may so benefit. The terms of the trust may also indicate the time when and the method of how such beneficiaries are to be informed.

(5) If the trust instrument expressly prohibits notification of information to beneficiaries or to those persons that form part of a class from among which beneficiaries may be appointed, without reference to any point in time, ascertained or ascertainable, such term shall be construed as implying a duty of the trustee to inform such beneficiaries within a reasonable time after the death of the settlor.

(6) Should the trustee consider providing information as required by the preceding subarticles to be prejudicial to the beneficiaries of the trust or any of them, the trustee may apply to the Court and the Court may release the trustee from the obligation to inform under such conditions as it may consider appropriate.

(7) The duty to inform as above provided shall not arise if the trustee is in possession of information which reasonably demonstrates that those entitled to such information have already been informed or are already aware of such information.

(8) In the case of a trust established for charitable purposes, the duty to inform either unnamed beneficiaries forming part of a class or persons forming part of a class of persons who may be appointed as beneficiaries in terms of a power of the trustee, shall not arise notwithstanding the terms of the trust unless, in case of the unnamed beneficiaries the trustee establishes that there exist less than ten beneficiaries appertaining to such class of beneficiaries. Furthermore, in the absence of any indication to the contrary, the unnamed beneficiaries or persons who may be added as beneficiaries in terms of a power shall be assumed to be persons who carry on relevant charitable activities principally in Malta.

(9) The trustee shall carry out the duty to inform to the best of his abilities and at the expense of the trust and in the event it appears to the trustee that such exercise will be too costly or burdensome, the trustee may apply to the Court for directions and the Court shall be empowered to release the trustee from such duty under such conditions as it considers appropriate.

(10) The suspension of the duty of a trustee to inform beneficiaries as provided in this article shall not reduce the rights of beneficiaries or the duties and liability of the trustee towards such beneficiaries in terms of this Act.

(11) Persons who may be added as beneficiaries in terms of a power referred to in article 9(7) shall have no right of information until such time as they are appointed beneficiaries by the trustee pursuant to such power.

(12) In the case of a trust to hold property in relation to a commercial transaction, the duties of the trustee relating to the provision of information and the rights of beneficiaries to such information may be determined by the terms of trust, in which case the preceding subarticles of this article shall not apply.

Liability for breach of trust. 30. (1) A trustee committing or concurring in a breach of trust shall without prejudice to any other liability be liable for -

(a) the loss of depreciation in value of the trust property resulting from the breach;

(b) the profit, if any, which would have accrued to the trust if there had been no such breach.

(2) A trustee may not set off a gain from a breach of trust against a loss from the same or some other breach of trust.

(3) A trustee shall not be liable for a breach of trust committed prior to his appointment, if such breach of trust was committed by some other person. It shall, however, be the duty of the trustee on becoming aware of it to take all reasonable steps to have such breach remedied.

(4) A trustee shall not be liable for breach of trust committed by a co-trustee unless -

(a) he becomes aware or ought to have become aware of the commission of such breach or the intention of the co-trustee to commit a breach of trust; and

(b) he actively conceals such breach or such intention or fails within a reasonable time to take proper steps to protect or restore the trust property or prevent such breach.

(5) Nothing in the terms of a trust shall relieve, release or exonerate a trustee from liability for breach of trust arising from his own fraud, wilful misconduct or gross negligence.

(6) Where two or more trustees are liable in respect of a breach of trust, their liability shall be joint and several.

(7) A beneficiary may, in respect of a liability to him for a breach of trust already committed, relieve a trustee of, or indemnify him against, such liability, but only if the beneficiary -

(a) has legal capacity; and

(b) has full knowledge of all material facts; and

(c) has not been improperly induced by the trustee to give the relief or indemnity.

(8) The court may relieve the trustee either wholly or in part from liability for a breach of trust where it is satisfied that the trustee has acted honestly and reasonably and ought in fairness to be excused in the circumstances.

Trustees acting in respect of more than one trust. 31. (1) A trustee acting for the purposes of more than one trust shall not, in the absence of fraud, be affected by notice of any instrument, matter, fact or thing in relation to any particular trust if the trustee has obtained notice of it by reason of acting or having acted for the purposes of another trust.

(2) A trustee of a trust shall disclose to any co-trustee any interest which he has as trustee of another trust if any transaction in relation to the first mentioned trust is to be entered into with the trustee of such other trust.

Dealings with third parties. 32. (1) Where in any transaction or matter affecting a trust a trustee informs a third party that he is acting as trustee, a claim by such third party in relation thereto shall extend only to the trust property.

(2) Where in any such transaction or matter a trustee fails to inform a third party that he is acting as trustee, and that party is otherwise unaware of it, the trustee -

(a) shall be personally liable to such third party in respect thereof; and

(b) shall have a right of recourse to the trust property by way of indemnity against such liability, unless the trustee acted in breach of trust.

(3) In this section "third party" means any person not being a settlor, a trustee or a beneficiary of the trust.

Constructive trustees. 33. (1) Subject to the provisions of subarticle (2), where a person (in this section referred to as a "constructive trustee") makes or receives any profit, gain or advantage from breach of trust he shall be deemed to be a trustee of that profit, gain or advantage; and the beneficiary of such trust shall be deemed to be the trust, or the beneficiary, or other per-

Legislazione

son, to the detriment of whom or at the expense of whom the profit, gain or advantage was made.

(2) Subarticle (1) shall not apply to a person acquiring property under an onerous title in good faith.

(3) A person who is or becomes a constructive trustee shall deliver up the property to or in favour of the beneficiaries thereof.

Position of outgoing trustee. 34. (1) A trustee who resigns or is removed or otherwise ceases to be a trustee shall duly surrender trust property in his possession or control.

(2) A trustee who resigns or is removed or otherwise ceases to be a trustee and has complied with the requirements of subar-

ticle (1) shall be released from liability to any beneficiary, trustee or person interested under the trust for any act or omission in relation to the trust property or his duty as a trustee, except in respect of actions arising from breach of trust to which such trustee was a party or to which he was privy.

(3) A trustee who resigns or is removed or otherwise ceases to be a trustee shall continue to be liable to any beneficiary, trustee or person interested under the trust for the recovery from such trustee of trust property or the proceeds of trust property in the possession of the trustee or converted to the trustee's own use or not surrendered as required by subarticle (1).

Proposta di decreto federale che approva la Convenzione de L'Aja – I Parte

Svizzera

Pubblichiamo qui di seguito la prima parte del rapporto esplicativo del 16 settembre 2004 relativo alla procedura di consultazione per la ratifica da parte della Svizzera della Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985. La seconda parte del rapporto sarà pubblicata sul prossimo numero.

Decreto federale che approva la Convenzione dell'Aia relativa alla legge applicabile ai trust e al loro riconoscimento

Rapporto esplicativo ai fini della procedura di consultazione del 16 settembre 2004

Compendio

Il trust è un istituto caratteristico della tradizione giuridica dei Paesi di common law, ma è presente anche nella realtà economica e normativa svizzera. Data la crescente importanza economica di tale istituto giuridico e il sentimento di insoddisfazione causato dalle inadeguatezze dell'attuale legislazione, l'Associazione Svizzera dei Banchieri si è rivolta all'Ufficio federale di giustizia per chiedere che fosse intrapreso l'iter di ratifica della Convenzione dell'Aia sulla legge applicabile ai trust.

Nel maggio dell'anno scorso l'allora consigliere nazionale Marc Suter (PLR) ha presentato una mozione (03.3233, ripresa nel frattempo dal consigliere nazionale Fulvio Pelli) in cui chiedeva al Consiglio federale "di prendere celermente le disposizioni necessarie affinché possa essere immediatamente ratificata la Convenzione dell'Aia del 1985 relativa alla legge applicabile ai trust e al loro riconoscimento" e "di presentare al più presto un messaggio per l'adeguamento del diritto svizzero, segnatamente del diritto che disciplina l'insolubilità e le fondazioni di famiglia (art. 335 CC), affinché l'istituto giuridico del trust sia applicabile anche in Svizzera".

A metà ottobre il Consiglio federale si è detto disposto ad accogliere la mozione per quel che concerne l'elaborazione di un messaggio sul riconoscimento dei trust esteri e il necessario adeguamento del diritto svizzero. Siccome però tale proposito può essere realizzato in due modi diversi – vale a dire con la ratifica della Convenzione sui trust e i corrispondenti adeguamenti del diritto svizzero oppure mediante l'introduzione di una normativa autonoma nella legge federale sul diritto internazionale privato (LDIP) – e sarebbe prematuro decidere sin d'ora la via da percorrere, ha proposto di trasformare in postulato la prima delle due richieste contenute nella mozione, prospettando nel contempo la possibilità di esaminare rapidamente la questione della via da percorrere.

Tra la metà di dicembre 2003 e la fine di marzo 2004, l'Ufficio federale di giustizia ha svolto una procedura informale di consultazione preliminare. Le associazioni economiche interessate, determinate autorità e le facoltà di diritto delle università svizzere hanno ricevuto un primo avamprogetto di legge che, partendo dal presupposto di una ratifica della Convenzione dell'Aia sui trust, proponeva un adeguamento del diritto civile svizzero. Il presente disegno si basa su tale primo avamprogetto (elaborato sulla base delle proposte avanzate da una ricerca del prof. Luc Thévenoz, dell'università di Ginevra) e sui pareri espressi in sede di consultazione.

Il disegno prevede l'approvazione della Convenzione dell'Aia sui trust e integra nella legge federale sul diritto internazionale privato (RS 291) le necessarie disposizioni sulla competenza e sul riconoscimento delle decisioni straniere, oltre ad alcune norme sulla pubblicità di diritto privato. Contestualmente viene adeguata anche la legge federale sulla esecuzione e sul fallimento (RS 281.1), per tener conto della separazione tra beni del trust e patrimonio del trustee prevista dalla normativa sui trust.

Indice

1 Parte generale

- 1.1 Situazione iniziale
- 1.2 Il trust
 - 1.2.1 Nozione e tipi
 - 1.2.2 Funzioni del trust
 - 1.2.3 Diffusione del trust
 - 1.2.4 Importanza economica del trust in Svizzera
 - 1.2.5 Effetti e natura giuridica del trust
 - 1.2.5.1 Differenze tra trust e fiducia
 - 1.2.5.2 Differenze tra trust e fondazione
 - 1.2.5.3 Segregabilità nel fallimento
 - 1.2.5.4 Posizione del beneficiario
 - 1.2.5.5 Tracing
 - 1.2.5.6 Nessun diritto reale a favore del beneficiario
- 1.3 Grandi linee della Convenzione dell'Aia sui trust
- 1.4 Conseguenze della ratifica della Convenzione
 - 1.4.1 Situazione giuridica attuale
 - 1.4.1.1 Riconoscimento del trust in base alla legge federale sul diritto internazionale privato (LDIP)
 - 1.4.1.1.1 Qualificazione giuridica del trust
 - 1.4.1.1.2 Il constructive trust
 - 1.4.1.1.3 L'articolo 154 capoverso 1 LDIP
 - 1.4.1.1.4 L'articolo 154 capoverso 2 LDIP
 - 1.4.1.1.5 Il trust testamentario
 - 1.4.1.1.6 Il trust con funzione di garanzia
 - 1.4.1.1.7 L'articolo 335 capoverso 2 CC
 - 1.4.1.2 Portata del riconoscimento secondo la LDIP
 - 1.4.1.2.1 Principio
 - 1.4.1.2.2 Segregabilità e ordine pubblico
 - 1.4.1.2.3 No al riconoscimento del tracing
 - 1.4.2 Situazione giuridica in caso di ratifica della Convenzione dell'Aia
 - 1.4.2.1 Riconoscimento
 - 1.4.2.1.1 Qualificazione
 - 1.4.2.1.2 Il constructive trust
 - 1.4.2.1.3 Legge applicabile

Legislazione

- 1.4.2.1.4 Il trust testamentario
- 1.4.2.1.5 Garanzie reali
- 1.4.2.2 Portata del riconoscimento secondo la Convenzione
 - 1.4.2.2.1 Riconoscimento più esteso
 - 1.4.2.2.2 Regime matrimoniale e diritto successorio
 - 1.4.2.2.3 Ordine pubblico
 - 1.4.2.2.4 Leggi d'applicazione necessaria
- 1.4.3 Vantaggi della Convenzione rispetto all'attuale LDIP
 - 1.4.3.1 Scenario determinante
 - 1.4.3.2 Certezza del diritto
 - 1.4.3.3 Vantaggi connessi
- 1.4.4 Compatibilità della Convenzione con l'ordinamento giuridico svizzero
 - 1.4.4.1 Principio di pubblicità nel diritto civile
 - 1.4.4.2 No al pieno riconoscimento del *tracing*
 - 1.4.4.3 *Numerus clausus* dei diritti reali
 - 1.4.4.4 Azione derivante da atti illeciti e azione d'indebito arricchimento secondo il diritto svizzero
 - 1.4.4.5 Riserva dello statuto reale
- 1.4.5 Possibili obiezioni di carattere giuspolitico
 - 1.4.5.1 Riciclaggio di denaro
 - 1.4.5.2 Diritto fiscale
 - 1.4.5.3 Elusione del diritto civile svizzero
- 1.5 Revisione della LDIP quale alternativa alla ratifica della Convenzione
 - 1.6 Risultati della procedura di consultazione preliminare
- 2 Parte speciale: commento delle modifiche legislative proposte**
 - 2.1 Legge federale sul diritto internazionale privato (LDIP, RS 291)
 - 2.2 Rinuncia all'inserimento di disposizioni nel Codice civile svizzero (CC, RS 210)
 - 2.3 Rinuncia all'inserimento di disposizioni nel Codice delle obbligazioni (CO, RS 220)
 - 2.4 Legge federale sulla esecuzione e sul fallimento (LEF, RS 281.1)
 - 2.5 Rinuncia all'inserimento di disposizioni sulla vigilanza
 - 2.6 Rinuncia all'inserimento di norme di diritto fiscale
 - 2.7 Dichiarazioni e riserve relative alla Convenzione
 - 2.7.1 Articolo 16 capoverso 3
 - 2.7.2 Articolo 20 capoverso 1
 - 2.7.3 Articolo 21
 - 2.7.4 Articolo 22
- 3 Diritto comparato**
- 4 Ripercussioni del progetto**
 - 4.1 Ripercussioni di ordine finanziario e sul personale
 - 4.2 Ripercussioni sull'informatica
 - 4.3 Ripercussioni sull'economia
- 5 Rapporti con il diritto europeo**
- 6 Basi legali**

Rapporto esplicativo**1 Parte generale****1.1 Situazione iniziale**

Nel 1985 la Conferenza dell'Aia di diritto internazionale privato ha adottato la *Convenzione relativa alla legge applicabile ai tru-*

st e al loro riconoscimento. La Svizzera era presente alle deliberazioni, rappresentata da Alfred von Overbeck, professore all'università di Losanna e direttore dell'Istituto svizzero di diritto comparato. Di sua penna sono il rapporto della commissione speciale relativo all'avamprogetto e il rapporto esplicativo che accompagnava la versione definitiva della Convenzione.

La Convenzione, in vigore dal 1° gennaio 1992, si applica attualmente in Italia, in Olanda, a Malta, in Australia, in Canada, in Gran Bretagna e a Hong Kong. Dal 1° gennaio di quest'anno è in vigore anche nel Lussemburgo. La Dieta del Liechtenstein esaminerà l'eventualità di una ratifica verosimilmente nel prossimo autunno.

L'Ufficio federale di giustizia si era già chinato sulla questione di un'eventuale ratifica della Convenzione da parte della Svizzera agli inizi degli anni Novanta, ma in seguito al riscontro piuttosto sfavorevole da parte delle banche il progetto fu di nuovo accantonato, per essere ripreso nel 1999, quando su impulso di un gruppo di società ginevrine operanti nel settore della gestione patrimoniale l'Ufficio federale di giustizia incaricò Luc Thévenoz, professore all'università di Ginevra, di svolgere una ricerca sul tema, i cui risultati sono poi stati presentati in un libro pubblicato nel 2001. Da allora l'Ufficio federale di giustizia si è occupato approfonditamente della questione.

L'8 maggio 2003 l'allora consigliere nazionale Marc Suter ha presentato una mozione (03.3233, in seguito ripresa dal Consigliere nazionale Fulvio Pelli) dal tenore seguente: "Il Consiglio federale è incaricato

- di prendere celermente le disposizioni necessarie affinché possa essere immediatamente ratificata la Convenzione dell'Aia del 1985 relativa alla legge applicabile ai trust e al loro riconoscimento;
- di presentare al più presto un messaggio per l'adeguamento del diritto svizzero, segnatamente del diritto che disciplina l'insolvibilità e le fondazioni di famiglia (art. 335 CC), affinché l'istituto giuridico del trust sia applicabile anche in Svizzera".

Il Consiglio federale ha dichiarato di essere disposto ad accogliere il punto 1 della mozione, mentre ha proposto di trasformarla in postulato per quel che concerne il punto 2.

Come si evince dalla motivazione adottata dal Consiglio federale, il punto 1 corrisponde alla seconda richiesta della mozione e il punto 2 alla prima richiesta.

Tra la metà di dicembre 2003 e la fine di marzo 2004 l'Ufficio federale di giustizia ha svolto una procedura informale di consultazione preliminare. Le associazioni economiche interessate, talune autorità e le facoltà di diritto delle università svizzere hanno ricevuto un primo avamprogetto di legge che, partendo dal presupposto di una ratifica della Convenzione dell'Aia sui trust, proponeva un adeguamento del diritto civile svizzero. Questo primo avamprogetto, insieme ai pareri inoltrati, sta alla base del disegno di legge proposto nell'ambito della presente procedura.

1.2 Il trust**1.2.1 Nozione e tipi**

Il trust è un istituto giuridico nato storicamente in Inghilterra per poi diffondersi principalmente nei Paesi di *common law*. Il concetto sta ad indicare un rapporto giuridico consistente in un trasferimento fiduciario di beni a una o più persone (*trustee*), incaricate di amministrarli e di impiegarli per uno scopo prestabilito dal costituente (*settlor*). Lo scopo può essere di ordine generale (nel caso del cosiddetto "*purpose trust*") oppure (nel caso del "*private trust*") favorire determinate persone (*beneficiaries*).

Se il trust è istituito a vantaggio di singoli beneficiari, bisogna inoltre distinguere tra i casi in cui è noto sin dall'inizio chi riceve una determinata prestazione e i casi in cui tale decisione spetta invece ai *trustee*. Nel primo caso si parla di *fixed interest trust*, nel secondo caso di *discretionary trust*. Il *settlor* ha anche la possibilità di avvantaggiare se stesso e può anche riservarsi il diritto di liquidare il trust in un secondo tempo e di appropriarsi dei beni residui: in tal caso si parlerà di *revocable trust*.

Il trust può essere istituito sia per negozio giuridico tra vivi sia per testamento. In materia di trust si distingue tra *express trust* e *implied trust*, a dipendenza delle modalità d'istituzione (per dichiarazione di volontà espressa o per atto concludente). Le norme che disciplinano i trust associano a determinati comportamenti una presunzione confutabile quanto alle intenzioni. Il trust che nasce in virtù di una siffatta presunzione è denominato *resulting trust*.

Dall'*implied* e dal *resulting trust* occorre poi distinguere il cosiddetto *constructive trust*. Il *constructive trust* non fa parte dei trust istituiti mediante atto giuridico: si tratta in questo caso di una costruzione risultante dall'applicazione analogica delle norme sui trust ad altri rapporti giuridici. I sistemi di *common law* conferiscono a taluni rapporti giuridici effetti mutuati dalla legislazione sui trust. Uno dei principali casi d'applicazione è rappresentato dalla cosiddetta *fiduciary relationship*, i rapporti giuridici caratterizzati da un particolare rapporto di fiducia. Il "fiduciario" è tenuto a restituire al costituente i profitti ricavati dai negozi che ha concluso per suo conto ma che per loro natura spettano al costituente; quanto all'obbligo di restituzione, il fiduciario è considerato alla stessa stregua di un *trustee*, sicché la sua responsabilità è fondata sui principi della normativa sui trust e gli elementi patrimoniali interessati, ricavi e surrogazioni compresi, sono sottratti alle pretese dei suoi creditori (si veda il n. 1.2.5). Per "fiduciari" s'intendono qui soprattutto le persone responsabili, per contratto o per legge, dell'amministrazione di un patrimonio.

1.2.2 Funzioni del trust

Nei Paesi di *common law*, l'istituto giuridico del trust svolge tutta una serie di funzioni e pertanto assume un ruolo di primo piano nella vita giuridica degli Stati in questione. Tra le altre cose, il trust può assolvere le funzioni di istituti del diritto svizzero quali l'amministrazione fiduciaria, il trasferimento di proprietà a scopo di garanzia, la fondazione, la fondazione di famiglia, l'associazione, la società cooperativa, la donazione onerosa o la disposizione per causa di morte, il legato, la sostituzione fedecommissaria o il legato con sostituzione fedecommissaria, la proprietà per piani, il sindacato di azionisti, la gestione o liquidazione patrimoniale nell'ambito di un concordato ai sensi della legge federale sulla esecuzione e sul fallimento (LEF, RS 281.1). Talune forme particolari di trust hanno inoltre funzione di istituzione di previdenza a favore del personale o di comunione di obbligazionisti. La legge prevede l'istituzione di un trust d'ufficio in caso di amministrazione concordataria, di esecuzione testamentaria, di tutela e di amministrazione di masse fallimentari.

Si ricorre al trust, o perlomeno vi si ricorreva in passato, anche come forma di organizzazione per i cartelli. È per questa ragione che nel diritto dei cartelli si parla di "legislazione anti-trust" e che il concetto di *trust* ha una connotazione negativa per molte persone.

1.2.3 Diffusione del trust

Come illustrato in precedenza, il trust è un istituto giuridico

conosciuto innanzitutto nei sistemi di *common law*. Esiste però anche al di fuori di queste aree, negli ordinamenti giuridici di Paesi come la Scozia, il Sudafrica, il Québec e la Louisiana. Altri Stati, come il Giappone, Panama, il Liechtenstein, il Messico, la Colombia, Israele e l'Argentina, prevedono istituti analoghi.

1.2.4 Importanza economica del trust in Svizzera

In Svizzera vi sono numerosi beni che appartengono a trust o sono amministrati per conto di trust. Può trattarsi di titoli, denaro o altri collocamenti ubicati in Svizzera presso una banca nell'ambito di un contratto di deposito, di servizi bancari o simili, oppure di azioni od obbligazioni di società elvetiche acquisite da trust ubicati all'estero. Infine può anche trattarsi di beni immobili e mobili facenti parte di partecipazioni dirette o indirette, che vengono ceduti a trust.

Rivestono di sicuro una straordinaria importanza economica i beni collocati nelle banche in Svizzera e sui quali le banche prelevano diritti di custodia, commissioni per le operazioni su titoli e commissioni amministrative. Grazie alla maggiore mobilità dei privati, in Svizzera risiede un numero crescente di beneficiari e di altre persone che fanno parte di un trust. Ma aumenta sempre più, tra le ditte domiciliate in Svizzera, anche il numero di imprese specializzate nell'amministrazione di trust. Centro delle loro attività sono le piazze finanziarie di Ginevra, Zurigo, Basilea e Lugano. È in crescita anche il numero di banche che dispongono di un settore specializzato nei trust. Aumentano le società fiduciarie e gli studi legali specializzati nel settore della pianificazione e amministrazione dei trust. Si tratta di un affare che presenta un grande potenziale di crescita, dato che i cosiddetti *offshore centers* (Isole del Canale e talune isole dei Caraibi), che servivano da base per l'istituzione di gran parte dei trust, sono soggetti a una crescente pressione internazionale. La Svizzera, che vanta da un canto servizi di gestione e di consulenza di alto livello qualitativo e discrezione, nonché, dall'altro, una legislazione riconosciuta a livello internazionale in materia di vigilanza bancaria e di lotta al riciclaggio di denaro, potrebbe proporsi come valida alternativa.

La Svizzera ha a che fare con i trust anche sotto altre forme: le banche svizzere sono spesso creditrici o rappresentanti di creditori in prestiti che il debitore estingue anzitempo mediante rimborso a un trust istituito a favore dei creditori (cosiddetta "*defeasance*"). I privati svizzeri o gli investitori istituzionali investono sempre più in fondi d'investimento che talvolta prendono la forma di un *investment trust*. I contributi versati da ditte estere e dai loro dipendenti vengono spesso accreditati a trust che fungono da istituti di previdenza. Inoltre, succede che le indennità di partenza dovute a cittadini elvetici che lavorano all'estero per imprese multinazionali vengano versate a un trust, per fare in modo che il dipendente interessato riceva gli importi a lui dovuti soltanto una volta decaduta la clausola di non concorrenza.

1.2.5 Effetti e natura giuridica del trust

1.2.5.1 Differenze tra trust e fiducia

Come si desume da quanto precede, il trust rappresenta un rapporto di fiducia, il quale si distingue tuttavia dalla fiducia secondo il diritto svizzero (*fiducia*) essenzialmente sotto due aspetti: in primo luogo, il trust non si basa su un contratto ma su un atto giuridico unilaterale che, come detto, può anche formare l'oggetto di un testamento. La nascita del trust non dipende dal consenso del *trustee* designato. Se questi non accetta l'incarico

Legislazione

proposto, una persona autorizzata o un'autorità designerà un altro *trustee*. La seconda differenza essenziale che distingue il trust dalla fiducia consiste nel fatto che il trust, fatto salvo qualche caso d'eccezione, non è legato alla persona del costituente e del fiduciario, bensì forma un patrimonio separato che acquisisce una propria autonomia: si tratta dunque di un'entità giuridica a sé stante, la cui esistenza e identità non dipendono dalle persone coinvolte. Il costituente (*settlor*), salvo i casi eccezionali in cui si sia riservato il potere di impartire istruzioni o addirittura un diritto di revoca, non ha più alcun influsso sul trust una volta che questo sia stato creato, e il fiduciario (*trustee*) può essere sostituito alla stessa stregua degli organi di una persona giuridica, senza che l'esistenza o l'identità del trust ne risulti toccata.

1.2.5.2 Differenze tra trust e fondazione

I suddetti criteri di distinzione tra trust e fiducia portano a individuare chiari parallelismi tra il trust e la fondazione ai sensi del Codice civile svizzero (CC, RS 210). Come la fondazione, il trust è un conferimento di beni in seguito al quale si crea un patrimonio autonomo a destinazione vincolata. La vera sostanziale differenza tra il trust e la fondazione consiste nel fatto che il soggetto formale del patrimonio separato creatosi con il conferimento non è il trust stesso: la proprietà di detto patrimonio appartiene piuttosto al *trustee*. In sostanza, il diritto angloamericano non riconosce all'istituto del trust alcuna capacità giuridica e di conseguenza non gli riconosce nemmeno la capacità patrimoniale. Il trust può pertanto esercitare i diritti di proprietà sul proprio patrimonio soltanto indirettamente, per il tramite dei *trustee*, i quali a questo riguardo sono una sorta di proprietari delegati o per procura. Contrariamente alla fondazione, quindi, nel caso del trust anche il godimento dei diritti civili, e non solo l'esercizio di tali diritti, dipende dall'esistenza di organi.

Non avendo il godimento dei diritti civili, formalmente il trust non è neppure titolare di obblighi formali. Il titolare formale degli obblighi derivanti dal trust è il *trustee*. Nondimeno, il trust può essere titolare, oltre che di taluni diritti sul patrimonio fiduciario, anche di taluni doveri, ad esempio di obblighi che risultano dallo scopo del trust e segnatamente di obblighi contrattuali nei confronti dei beneficiari. Il *trustee* è tenuto al rispetto di tali obblighi soltanto fintanto che agisce come una sorta di organo del trust in questione. Se si dimette ne è liberato. Gli obblighi sono dunque connessi, in fin dei conti, ai beni in trust. Quanto agli impegni che non risultano direttamente dallo scopo del trust, ma che vengono assunti per conto del trust, di norma il *trustee* agisce in veste di rappresentante indiretto e quindi s'impegna in prima persona. In questi casi, tuttavia, il *trustee* ha un diritto, sempre nei confronti del titolare del patrimonio fiduciario, all'indennità da ogni danno. Anche sotto questo aspetto si può parlare di obbligo del trust. Le disposizioni che disciplinano i trust possono andare oltre e prevedere che il *trustee*, alla stregua di un rappresentante diretto, possa impegnare direttamente il patrimonio fiduciario. In taluni sistemi giuridici (ad esempio nel Québec) il *trustee* impegna esclusivamente i beni in trust.

1.2.5.3 Segregabilità nel fallimento

Il patrimonio fiduciario, in quanto patrimonio separato a destinazione vincolata, dev'essere gestito separatamente dal patrimonio privato dei *trustee* e comprende anche eventuali surrogazioni dei beni inizialmente conferiti, oltre a tutti i profitti. Esso è inoltre sottratto alle pretese dei creditori del *trustee* e può essere distratto dal fallimento di quest'ultimo.

1.2.5.4 Posizione del beneficiario

Una caratteristica che distingue il trust dalla fondazione del CC, se non nella sostanza, perlomeno nella sua forma usuale, consiste nel fatto che un potenziale beneficiario può adire il giudice sia per far valere eventuali pretese a prestazioni sul patrimonio fiduciario, sia per contestare la regolarità dell'amministrazione del trust da parte dei *trustee*. Il *beneficiary* dispone dunque non soltanto di un diritto deducibile in giudizio riguardo ai benefici che gli spettano, ma anche di determinati poteri di controllo e di vigilanza che ne fanno una sorta di organo. Il *beneficiary* condivide questo statuto, analogo a quello di un organo, con i *co-trustee* del *trustee* da sorvegliare, i quali dispongono degli stessi poteri.

1.2.5.5 Tracing

I poteri di vigilanza dei singoli *beneficiaries* e dei *co-trustee* implicano anche il diritto di adire il giudice per rivendicare beni appartenenti al patrimonio fiduciario o loro surrogati qualora il *trustee* li abbia illecitamente confusi con il proprio patrimonio o li abbia illecitamente alienati (cosiddetto *tracing*). In quest'ultimo caso, essi hanno inoltre il diritto di intentare un'azione di rivendicazione nei confronti dell'acquirente, purché questi abbia acquisito i beni in questione in mala fede o gratuitamente. Al pari del fiduciario ai sensi del diritto svizzero, il *trustee* gode del pieno diritto di disporre del patrimonio fiduciario, cosicché la proprietà passa all'acquirente anche in caso di alienazione illecita. L'acquisizione in mala fede di beni fiduciari alienati irregolarmente è però considerata un atto illecito, sicché ai singoli *trustee* e beneficiari è riconosciuto, in rappresentanza del trust che è sprovvisto del godimento dei diritti civili, un diritto personale alla restituzione e alla reintegrazione nel patrimonio del trust. Chi acquisisce beni fiduciari in buona fede ma a titolo gratuito deve restituirli perché si ritiene che si sia arricchito indebitamente. Sussiste un analogo diritto fondato sulla responsabilità delittuale o sull'indebito arricchimento anche in caso di rivendita, nei confronti dei nuovi acquirenti del bene fiduciario oggetto dell'indebita appropriazione, se questi sono in malafede o hanno acquisito il bene in questione a titolo gratuito.

I beni fiduciari alienati indebitamente che sono oggetto di una rivendicazione ai sensi del paragrafo precedente vanno nuovamente a costituire, all'interno del patrimonio dell'acquirente tenuto alla restituzione, un patrimonio separato, sottratto come tale alle pretese dei creditori di detto acquirente. Il diritto angloamericano crea questo effetto giuridico rafforzando il diritto di rivendicazione, che di per sé ha natura personale, con un *constructive trust* (cfr. n. 1.2.1).

1.2.5.6 Nessun diritto reale a favore del beneficiario

In angloamericano, le aspettative economiche del beneficiario sui beni fiduciari sono designate nel linguaggio corrente con l'espressione *equitable estate, equitable ownership, equitable interest, equitable title* o simili, per contrapposizione all'espressione *legal estate/ownership/interest/title*, che sta a designare il diritto del *trustee*. Gli autori del continente europeo ne desumono spesso che il *beneficiary* è titolare di un diritto reale sui beni fiduciari o che la proprietà su detti beni sia addirittura divisa. Questa concezione, dovuta in parte al linguaggio anglosassone di uso corrente, fortemente improntato al pragmatismo e alla trasparenza, non corrisponde però alla reale nozione di trust. La competenza giuridica formale appartiene per intero al *trustee*, anche nell'ottica della *common law*. Una forma di proprietà dissociata non esiste

né nel nostro sistema, né nei Paesi che prevedono il trust. Il *legal title* del *trustee* deve pertanto essere considerato, secondo la nostra terminologia, come proprietà piena, sicché al *beneficiary* si potrebbe riconoscere tutt'al più un diritto reale limitato sul patrimonio fiduciario. Ma bisogna negare anche una simile eventualità. Il *beneficiary* ha soltanto un diritto alle prestazioni che gli spettano in base alle disposizioni che disciplinano il trust, diritto che sussiste esclusivamente nei confronti del trust (rappresentato dai *trustee* che esercitano i diritti di proprietà e agiscono per conto del trust) e ha quindi carattere meramente personale. Nei confronti dei terzi acquirenti dei beni fiduciari non sussiste alcun diritto all'erogazione di prestazioni, bensì casomai un diritto di rivendicazione dei beni acquisiti a scapito del trust. Tale diritto di rivendicazione non costituisce più un diritto personale del *beneficiary*, bensì, praticamente, un diritto del trust stesso. Sotto questo aspetto, come abbiamo già esposto in precedenza, il *beneficiary* funge semplicemente da organo di vigilanza e di controllo, il che si desume già dal solo fatto che i *co-trustee*, i *trustee* subentranti dell'indebito possessore e addirittura quest'ultimo, vantano lo stesso diritto di rivendicazione. Tale diritto sussiste persino nel caso dei trust che perseguono un fine generale e che non hanno predeterminato la cerchia dei beneficiari (cfr. sull'intera questione il n. 156 del rapporto esplicativo del 15 dicembre 2003 sulla consultazione preliminare informale).

1.3 Grandi linee della Convenzione dell'Aia sui trust

Come ben dice il nome che porta, la Convenzione dell'Aia relativa alla legge applicabile ai trust e al loro riconoscimento definisce la legge applicabile ai trust. Le norme in questione non valgono soltanto tra Stati contraenti, bensì anche nei confronti degli altri Stati (effetto *erga omnes*). La Convenzione non contiene disposizioni né sulle autorità competenti né sul riconoscimento di decisioni straniere.

La Convenzione concepisce il trust in modo alquanto ampio. Secondo il tenore dell'articolo 2 capoverso 1, rientrano nel concetto di trust anche i rapporti fiduciari aventi base contrattuale, i quali sono legati alla persona dei contraenti e pertanto non presentano lo stesso grado di autonomia del trust della *common law*. La Convenzione presuppone comunque che i beni fiduciari formino un patrimonio separato all'interno del patrimonio del fiduciario. Ne consegue che la fiducia di matrice svizzera non dovrebbe rientrare nel campo d'applicazione della Convenzione, dato che secondo la giurisprudenza del Tribunale federale i beni fiduciari rientrano nella massa in caso di fallimento del fiduciario. Diverso è il caso della fiducia germanica, che secondo una parte della dottrina rientra nel concetto di trust previsto dalla Convenzione.

Il campo d'applicazione materiale della Convenzione è limitato ai trust istituiti con atto giuridico e comprovati per iscritto (art. 3). La Convenzione non si applica pertanto né al *summenzionato constructive trust*, né alle questioni preliminari relative alla validità dei testamenti che contemplano l'istituzione di un trust o di altri atti di disposizione relativi al trust (art. 4).

Il trust è regolato in primo luogo dalla legge scelta dal costituente o *settlor* (art. 6). In caso di omessa scelta del diritto applicabile, il trust è regolato dal diritto con il quale ha più stretti legami (art. 7 cpv. 1). Per determinare il diritto con il quale il trust ha più stretti legami si tiene conto in particolare (art. 7 cpv. 2):

a) del luogo di amministrazione del trust designato dal costituente,

b) della situazione dei beni in trust,
c) della residenza o sede degli affari del *trustee* e
d) degli scopi del trust e dei luoghi dove dovranno essere realizzati.

L'ordinamento giuridico con il quale il trust ha i più stretti legami è determinante anche nel caso in cui il diritto scelto dal *settlor* non preveda l'istituto del trust (art. 6 cpv. 2). Se l'istituto del trust è sconosciuto anche all'ordinamento con il quale esso ha più stretti legami, la Convenzione non si applica (art. 5). Gli Stati contraenti hanno la possibilità anche in altri casi di applicare una legge diversa da quella designata dalla Convenzione, se si tratta di norme di legge più favorevoli al riconoscimento del trust in questione (art. 14).

Il diritto applicabile al trust nella singola fattispecie (statuto del trust) disciplina in sostanza tutte le questioni giuridiche inerenti alla validità e agli effetti del trust in questione (art. 8). Il *settlor* ha la possibilità di escludere determinate questioni giuridiche dal campo d'applicazione dello statuto del trust e di sottoporle a una legge diversa (art. 9).

Il terzo capitolo della Convenzione disciplina il "riconoscimento" dei trust. A differenza della nozione di riconoscimento prevista dalla legge federale sul diritto internazionale privato (LDIP, RS 291), la quale con questo termine designa il riconoscimento di decisioni di un'autorità, la Convenzione intende invece una serie di disposizioni speciali concernenti la legge applicabile, disposizioni volte a garantire che lo statuto del trust si applichi agli effetti giuridici fondamentali del trust stesso.

Tra questi, lo statuto di patrimonio a sé stante dei beni posti in trust, il che comporta in primo luogo che detti beni non rientrino né nelle masse di beni del regime matrimoniale del *trustee* né nella sua successione e possono essere scorporati in caso di esecuzione forzata contro quest'ultimo (art. 11 cpv. 2 e 3 lett. a - c), e in secondo luogo che i beni fiduciari illecitamente confusi con il patrimonio del *trustee* o ceduti a terzi possono essere rivendicati (art. 11 cpv. 3 lett. d).

La questione della misura in cui il riconoscimento comprenda i diritti di rivalsa del trust (o delle persone che lo rappresentano) nei confronti di terzi è controversa. Le divergenze riguardano soprattutto la seconda frase dell'articolo 11 capoverso 2 lettera d: "I diritti e gli obblighi di un terzo possessore dei beni del trust rimangono soggetti alla legge applicabile in base alle norme di conflitto del foro". Taluni ritengono, privilegiando un'interpretazione basata sulla genesi storica della clausola, che la riserva non riguardi l'acquisizione da parte di una terza persona di beni fiduciari indebitamente ceduti e si limiti ai soli casi in cui il *trustee* delega l'amministrazione di detti beni a terzi, ad esempio a una banca. Altri auspicano invece un'applicazione estensiva della clausola e sostengono che la riserva in favore delle regole di conflitto del foro si applichi anche alla posizione giuridica dell'acquirente (soprattutto quello in buona fede) di beni fiduciari indebitamente alienati. Toccherà alle autorità giudicanti risolvere tale questione.

Gli Stati contraenti hanno la facoltà di non riconoscere un trust i cui elementi importanti, ad eccezione della scelta della legge applicabile, del luogo di amministrazione e della residenza abituale del *trustee*, sono più strettamente connessi a Stati che non prevedono l'istituto del trust o la categoria del trust in questione (art. 13). L'articolo 13 non si pronuncia sulle conseguenze giuridiche del mancato riconoscimento di un trust; tuttavia, se

Legislazione

ne può ragionevolmente inferire che lo Stato contraente è autorizzato ad applicare il diritto che non riconosce il trust in luogo e vece di quello stabilito sulla base del secondo capitolo della Convenzione. Ciò non significa necessariamente che il trust sarà totalmente inefficace, bensì che dovrà essere convertito in una delle categorie previste dalla legislazione determinante, mantenendo a seconda delle circostanze parte dei suoi effetti.

L'articolo 15 della Convenzione prevede una riserva in favore delle norme cogenti previste dalle regole di conflitto del foro dei singoli Stati contraenti. La portata di questa disposizione deve ancora essere chiarita. Voci autorevoli sostengono che la riserva non si riferisca allo statuto del trust dello Stato interessato, ma unicamente alle norme di conflitto vigenti negli altri ambiti. La riserva sarebbe quindi in larga parte semplicemente declamatoria, prevalendo nettamente l'opinione secondo cui lo statuto convenzionale del trust non tocca comunque questioni preliminari come quelle riguardanti l'esercizio dei diritti civili, il diritto matrimoniale, il diritto successorio e in particolare le norme applicabili alla legittima degli eredi o il trasferimento della proprietà, che l'articolo 15 enumera a titolo esemplificativo.

Una ulteriore riserva è prevista all'articolo 16, in favore delle disposizioni legislative del foro che devono essere applicate anche a situazioni internazionali indipendentemente dalla legge designata dalle regole di conflitto di leggi. L'articolo è valevole anche per disposizioni di Stati terzi. In pratica, si tratta della riserva in favore delle cosiddette "norme d'applicazione necessaria", prevista anche dalla nostra legge federale sul diritto internazionale privato (art. 18 e 19). La Convenzione contiene inoltre una clausola di riserva dell'*ordine pubblico* (art. 18).

1.4 Conseguenze della ratifica della Convenzione**1.4.1 Situazione giuridica attuale****1.4.1.1 Riconoscimento del trust in base alla legge federale sul diritto internazionale privato (LDIP)****1.4.1.1.1 Qualificazione giuridica del trust**

I trust volontari del diritto angloamericano rientrano di norma nella definizione di *unità patrimoniale organizzata* di cui all'articolo 150 capoverso 1 LDIP e, trattandosi di patrimoni autonomi a destinazione vincolata dotati di organi, nel contesto della LDIP devono essere considerati delle società. Si devono però eccettuare quelle forme speciali di trust cui fa difetto l'elemento dell'autonomia e che presentano invece le caratteristiche di un contratto fiduciario (a favore di terzi). Ad esempio, ci si trova piuttosto di fronte a un rapporto contrattuale se la funzione di *trustee* è legata a una persona determinata e il trust nasce soltanto al momento in cui questa accetta l'incarico per poi estinguersi immediatamente non appena questa ne recede. Ciò è specialmente vero quando il *settlor* stesso è inoltre unico beneficiario. Potrebbe inoltre essere opportuno considerare il trust come un contratto nei casi in cui il *settlor* si è riservato un diritto generale di impartire istruzioni o addirittura un potere di revoca.

Parte della dottrina esige che il trust presenti un certo grado di organizzazione per poterlo identificare come unità patrimoniale organizzata, a difetto di che lo si deve considerare un contratto. Taluni autori ritengono addirittura, in maniera del tutto generale, che il trust debba essere regolato dalle norme della LDIP applicabili ai contratti.

1.4.1.1.2 Il *constructive trust*

Gli articoli 150 e seguenti LDIP non si applicano al *constructive trust*. Come detto, non si tratta di una figura giuridica

autonoma ai sensi dell'articolo 150 LDIP, bensì dell'applicazione analogica del diritto dei trust ad altri rapporti giuridici (cfr. n. 1.2.1). Di norma, il *constructive trust* dev'essere assoggettato al diritto applicabile al rapporto giuridico soggiacente.

1.4.1.1.3 L'articolo 154 capoverso 1 LDIP

Secondo l'articolo 154 capoverso 1 LDIP il trust, in quanto "unità patrimoniale organizzata", è regolato anzitutto dal diritto del luogo d'incorporazione, vale a dire dal diritto dello Stato giurista il quale è organizzato. All'atto pratico, ciò equivale al riconoscimento dei trust esteri sorti validamente secondo le norme vigenti nel luogo d'incorporazione. A dire il vero, non sempre si sa con certezza secondo quale diritto il trust sia organizzato, in quanto, oltre al fatto che la maggior parte degli ordinamenti giuridici d'origine non prevede praticamente alcuna prescrizione di forma o di pubblicità, la sua organizzazione può essere alquanto rudimentale.

1.4.1.1.4 L'articolo 154 capoverso 2 LDIP

Se l'articolo 154 capoverso 1 LDIP risulta inapplicabile o il trust non è valido secondo l'ordinamento giuridico del luogo d'incorporazione, si applica, in virtù del capoverso 2 dell'articolo 154, il diritto dello Stato in cui il trust è effettivamente amministrato. In molti casi, ne conseguirà in larga misura il mancato riconoscimento del trust, ad esempio se il trust è amministrato in Svizzera. Stando al noto precedente del Tribunale federale nella causa *Harrison Trust* (DTF 96 II 79 segg.), in tale ipotesi si dovrà perlopiù convertire il trust in un contratto fiduciario in favore di terzi.

1.4.1.1.5 Il trust testamentario

Nel caso dei trust testamentari rimangono riservati, per quanto riguarda la validità del testamento, gli articoli 90 e seguenti LDIP. Il trust testamentario è pertanto riconosciuto soltanto se il testamento che lo prevede è efficace in base al diritto successorio determinante. Inoltre, esso deve rispettare le legittime previste dal diritto applicabile in virtù degli articoli 90 e 91 LDIP. Per il resto anche i trust testamentari soggiacciono allo statuto della società, perlomeno quando servono (come una fondazione) uno scopo particolare e la loro funzione non si limita alla sola liquidazione della successione. Se il *trustee* ha mera funzione di esecutore testamentario o di erede istituito, il trust dovrebbe essere assoggettato agli articoli 90 segg. LDIP.

Se il testamento soggiace al diritto svizzero, la distinzione tra trust con funzione di fondazione e trust con mera funzione di liquidazione di eredità non dovrebbe rivestire alcun significato, in quanto la dottrina dominante sembra presumere che vi sia un *numerus clausus* dei modi di disporre. Pertanto, l'istituzione di un trust per testamento non dovrebbe affatto essere possibile. Una disposizione in tal senso risulterebbe quindi inefficace. Nella migliore delle ipotesi, il trust potrebbe essere convertito in una delle soluzioni previste dalla legge, vale a dire in fondazione, esecuzione testamentaria, sostituzione fedecommissaria, ecc.

Tuttavia, questa opinione non sembra imporsi in modo assoluto. È dunque lecito chiedersi se il concetto di fondazione di cui all'articolo 493 CC non debba essere interpretato estensivamente e riferito anche agli istituti equivalenti del diritto straniero, soprattutto perché la prassi sembra talvolta ammettere l'istituzione testamentaria di fondazioni di diritto straniero (ad esempio del Liechtenstein).

Uno degli autori si spinge ancora più lontano e limita il *numerus clausus* dei modi di disporre ai modi che vantano carattere successorio, come la menzionata istituzione di un esecutore te-

stamentario o di un erede istituito. Nell'ambito dei modi di disporre privi di carattere successorio e che possono essere oggetto di un negozio giuridico tra vivi, come ad esempio l'istituzione di una fondazione, l'autore ammette anche modi non menzionati dalla legge. In quest'ottica si potrebbe considerare ammissibile in base al diritto svizzero anche l'istituzione testamentaria di un trust (assoggettato a un diritto straniero), a patto che il trust in questione non adempia funzioni di carattere successorio quali l'esecuzione testamentaria o la sostituzione fedecommissaria e, pertanto, non serva unicamente alla liquidazione della successione.

1.4.1.1.6 Il trust con funzione di garanzia

I trust istituiti con atto giuridico che svolgono mera funzione di garanzia reale (trasferimento di proprietà a fini di garanzia, riserva di proprietà, ecc.) devono essere assoggettati alle disposizioni sui diritti reali della LDIP piuttosto che agli articoli 150 segg. di tale legge.

1.4.1.1.7 L'articolo 335 capoverso 2 CC

Occorre chiedersi in che misura il riconoscimento ai sensi della LDIP si estenda anche ai trust che svolgono la funzione di fondazione di mantenimento. In un primo tempo, il Tribunale federale aveva rifiutato, alla luce dell'articolo 335 CC, di riconoscere una fondazione con scopo di mantenimento istituita secondo il diritto del Liechtenstein ma con sede effettiva in Svizzera. La situazione giuridica è mutata in seguito all'adozione della LDIP. All'epoca il Tribunale federale aveva negato l'assoggettamento alla legge dello Stato d'incorporazione invocando l'abuso di diritto. In luogo e vece di tale legge, aveva applicato le norme svizzere sostanziali, in quanto legge dello Stato in cui il trust era amministrato effettivamente, sicché l'articolo 335 CC era risultato direttamente applicabile. Da quando è entrata in vigore la LDIP, il Tribunale federale non ammette più l'esistenza della cosiddetta riserva di *fraus legis* in rapporto con il collegamento al luogo d'incorporazione. Di conseguenza, l'articolo 335 CC può essere applicato alle entità giuridiche di diritto straniero soltanto come *legge d'applicazione necessaria* ai sensi dell'articolo 18 LDIP. Sotto questo aspetto bisogna tener conto del fatto che, per poter applicare una norma di diritto interno basandosi sull'articolo 18 LDIP, non basta che la norma in questione aspiri ad essere applicata, in base al proprio campo d'applicazione, anche ai rapporti giuridici stranieri. Occorre inoltre (cfr. messaggio del Consiglio federale del 10 novembre 1982 concernente la legge sul diritto internazionale privato, FF 1983 I 239 segg., punto 214.53) che la norma abbia un'importanza fondamentale e che la sua applicazione si imponga imperativamente ai fini del mantenimento dell'ordine pubblico. Nel caso della proibizione delle fondazioni di mantenimento, è lecito dubitare che tali condizioni siano soddisfatte. Tale proibizione si basa infatti su considerazioni morali (combattere l'ozio) e ideologiche (sopprimere le strutture feudali) che dal punto di vista odierno appaiono ormai superate. Su questo punto la dottrina è divisa.

Peraltro, i trust non dovrebbero porre problemi di conflitto con l'articolo 335 capoverso 2 CC, o tutt'al più potrebbero sorgere problemi soltanto entro certi limiti, dato che anche il diritto angloamericano prevede limitazioni riguardo alla possibile durata di un trust e ai relativi vincoli patrimoniali (*rule against perpetuities*).

1.4.1.2 Portata del riconoscimento secondo la LDIP

1.4.1.2.1 Principio

Se un trust assoggettato agli articoli 150 segg. LDIP viene riconosciuto, il riconoscimento si estende in sostanza all'intera

struttura organizzativa (rapporti interni, amministrazione, ecc.) del trust in questione e anche alla regolamentazione riguardante la responsabilità dei beni fiduciari, prevista dal diritto applicabile al trust (statuto del trust). Se detto statuto prevede che i beni fiduciari non rispondono dei debiti personali del trustee, l'esclusione di responsabilità varrà anche per le autorità svizzere. In ogni caso, la questione del modo in cui debba essere attuata una simile esclusione di responsabilità nell'ambito di un procedimento esecutivo in Svizzera dev'essere giudicata secondo il diritto svizzero. Si potrebbe ipotizzare ad esempio una procedura di rivendicazione ai sensi dell'articolo 242 LEF per analogia con l'articolo 401 capoverso 3 del Codice delle obbligazioni (CO, RS 220), o una distrazione per analogia con l'articolo 16 della legge federale sui fondi d'investimento (LFI, RS 951.31).

1.4.1.2.2 Segregabilità e ordine pubblico

Il riconoscimento dell'esclusione di responsabilità soggiace alla riserva dell'*ordine pubblico* (art. 17 LDIP). Secondo il Tribunale federale, la riserva include anche gli articoli 715 e 717 CC e probabilmente, in maniera del tutto generale, il principio di pubblicità in materia di diritti reali previsto dal diritto svizzero. Detto principio può però essere d'ostacolo all'esclusione di responsabilità prevista dal diritto dei trust soltanto se non subisce restrizioni in base alla legislazione svizzera in materia di diritti reali. Di conseguenza, la segregabilità dei beni in trust dev'essere riconosciuta perlomeno nella misura prevista dall'articolo 401 CO. Per il Tribunale federale, detta disposizione vale soltanto per le cose mobili e i diritti che una persona acquista in rappresentanza indiretta, e non per i beni affidati a titolo fiduciario. Tuttavia, tanto la dottrina dominante quanto il Tribunale federale stesso reputano insoddisfacente una simile disparità di trattamento tra beni acquistati in rappresentanza indiretta e beni affidati, e propendono, *de lege ferenda* o persino *de lege lata*, per un'estensione del campo d'applicazione dell'articolo 401 CO. Pertanto, anche in caso di segregazione di beni affidati prevista da un diritto straniero, non si può più parlare di incompatibilità con l'*ordine pubblico*.

Tale interpretazione è inoltre suffragata dal fatto che, in una vecchia decisione, il Tribunale federale ha stabilito che la protezione dell'articolo 401 può estendersi anche agli averi affidati, se questi vengono trasferiti su un conto bancario e quindi convertiti in un credito verso terzi. Se è vero che la decisione in questione non è mai stata confermata apertamente, esistono però diverse decisioni più recenti che vanno nella stessa direzione.

L'applicazione del principio di pubblicità è limitata inoltre dall'articolo 16 LFI e dall'articolo 37b della legge federale sulle banche e le casse di risparmio (LBCR, RS 952.0). La dottrina ritiene che la distrazione prevista all'articolo 16 LFI si giustifichi in quanto il fondo d'investimento rappresenta un patrimonio a sé stante pubblicamente noto e amministrato separatamente. Se ci si basa su quest'argomentazione, bisogna per coerenza riconoscere anche la segregabilità dei beni in trust, prevista dallo statuto del trust, a patto che detti beni siano amministrati separatamente (come prescritto dal diritto angloamericano) e che il trust sia pubblicamente noto. In questo contesto, l'articolo 16 LFI ha portata autonoma rispetto all'articolo 401 CO soltanto quando si tratta di immobili, poiché questi ultimi, com'è noto, non rientrano nel campo d'applicazione dell'articolo 401 CO. Sotto questo aspetto, tuttavia, l'applicazione analogica di tale regime al trust si giustifica soltanto, per analogia con l'articolo 36 capo-

Legislazione

verso 2 LFI, se il trust in questione è oggetto di una menzione nel registro fondiario. La questione se la legislazione svizzera in materia di registro fondiario (applicabile agli immobili ubicati in Svizzera) ammetta *de lege lata* la menzione dei trust per analogia con l'articolo 36 capoverso 2 lettera a LFI, è controversa. Taluni autori, tra cui anche l'Ufficio federale del registro fondiario e del diritto fondiario, reclamano una base legale esplicita per le menzioni in altri rapporti giuridici, purché sia dato un interesse sufficiente.

Anche nei casi in cui i beni immobili posti in trust non sono menzionati nel registro fondiario, non è affatto certo che la segregabilità nel fallimento prevista dallo statuto del trust possa essere ritenuta una violazione dell'ordine pubblico. Una parte della dottrina invoca già l'estensione dell'articolo 401 capoverso 3 CO agli immobili, benché non sia chiaro se la segregabilità debba dipendere da una menzione nel registro fondiario. D'altronde, in una sentenza del 2001 il Tribunale federale ha affermato in modo del tutto generale che la segregabilità dei beni posti in trust non è contraria all'*ordine pubblico*.

Per quanto riguarda i titoli, oltre ai già menzionati articoli 401 capoverso 3 CO, 16 LFI e 37b LBCR, occorre richiamare anche l'articolo 201 LEF, secondo cui, in determinati casi di trasferimento fiduciario di titoli al portatore o all'ordine, questi possono essere rivendicati nel fallimento del destinatario. Nel caso dei titoli all'ordine, la pubblicità è ulteriormente limitata dalla possibilità di effettuare una girata pignorizia occulta, strumento che lascia apparire il beneficiario che riceve il titolo unicamente in pegno appare come avente diritto a pieno titolo.

L'importanza della questione se la segregabilità del patrimonio posto in trust violi l'*ordine pubblico* scema ulteriormente se si considera che gli stessi sistemi angloamericani conoscono determinate riserve in favore del principio di pubblicità. Come detto, i beni fiduciari devono essere amministrati separatamente rispetto agli altri beni del *trustee*. In caso di inosservanza, in certi casi la segregazione dei beni fiduciari viene negata. In America, taluni Stati federali esigono addirittura la registrazione dei trust.

1.4.1.2.3 No al riconoscimento del *tracing*

Il riconoscimento di un trust sulla base dell'articolo 154 LDIP non si estende ai diritti delle persone che agiscono per suo conto (*trustee/beneficiari*) nei confronti di terzi (restituzione al trust di beni fiduciari indebitamente alienati). Come detto, si tratta di diritti derivanti da atti illeciti o dall'indebito arricchimento che, in quanto tali, non soggiacciono agli articoli 150 segg., bensì agli articoli 129 segg. e 127 LDIP. Anche uniformandosi alla dottrina dominante, secondo cui tali pretese vanno annoverate tra i diritti reali, non è possibile assoggettarle allo statuto del trust, perché in tal caso si applica il capitolo della LDIP relativo ai diritti reali.

1.4.2 Situazione giuridica in caso di ratifica della Convenzione dell'Aia

1.4.2.1 Riconoscimento

1.4.2.1.1 Qualificazione

A prescindere dal fatto che la Convenzione dell'Aia si applica soltanto ai trust comprovati per iscritto, il campo d'applicazione dello statuto del trust previsto dalla Convenzione è più esteso di quello della LDIP in quanto, come detto, la nozione di trust su cui poggia la Convenzione abbraccia anche i rapporti giuridici in cui la funzione di *trustee* è legata a una persona determinata. Per di più, il terzo capoverso dell'articolo 2 della Con-

venzione afferma che in linea di massima ci si può trovare di fronte a un trust anche nei casi in cui il *settlor* conserva "alcune prerogative e diritti", ossia per esempio un diritto di revoca e un ampio potere di impartire istruzioni. Come detto, secondo la LDIP i trust di questo tipo devono essere considerati alla stregua di rapporti contrattuali.

1.4.2.1.2 Il *constructive trust*

Quanto ai *constructive trust*, la ratifica della Convenzione dell'Aia non comporterebbe alcuna novità. Dette entità giuridiche non sono comprese nello statuto di trust, tanto sotto il regime convenzionale quanto sotto il regime della LDIP.

1.4.2.1.3 Legge applicabile

Come detto, secondo la Convenzione dell'Aia il trust soggiace anzitutto al diritto scelto dal *settlor* (art. 6). Qualora non sia stata scelta alcuna legge, si applicherà il diritto con il quale il trust ha più stretti legami (art. 7). In sostanza, quindi, la Convenzione è più incline al riconoscimento di quanto non lo sia la LDIP. Rispetto all'articolo 154 capoverso 1 LDIP, infatti, la Convenzione si accontenta di una semplice scelta del diritto e non esige che l'entità giuridica in questione sia organizzata, in modo riconoscibile dall'esterno, in base a un determinato diritto. Riguardo al collegamento oggettivo accessorio, la Convenzione è meno rigorosa, poiché tollera che si prendano in considerazione più punti di vista e ammette l'applicazione di norme di legge più favorevoli al trust (principio del *favor negotii*; art. 14). Inoltre, la Convenzione mira ad applicarsi soltanto nei casi in cui il diritto che essa dichiara applicabile prevede effettivamente l'istituto del trust.

1.4.2.1.4 Il trust testamentario

La ratifica della Convenzione dell'Aia non comporterebbe alcuna novità neanche per quanto concerne i trust testamentari. Anche a questo riguardo, il diritto successorio della LDIP rimane riservato per quanto attiene alla questione della validità dei testamenti e a quella della successione necessaria (art. 4 e 15 cpv. 1 lett. c Conv.). La Convenzione permette anche di assoggettare al diritto successorio della LDIP i trust che servono soltanto alla liquidazione della successione (esecuzione testamentaria, sostituzione fedecommissaria, ecc.).

1.4.2.1.5 Garanzie reali

Le autorità giudicanti avrebbero la possibilità (art. 15 cpv. 1 lett. d Conv.) di assoggettare i trust con funzione di garanzia reale al relativo statuto reale (art. 99/100 LDIP) anche nel caso in cui la Convenzione dovesse entrare in vigore.

1.4.2.2 Portata del riconoscimento secondo la Convenzione

1.4.2.2.1 Riconoscimento più esteso

Il trust è riconosciuto essenzialmente con tutti i suoi effetti giuridici anche secondo la Convenzione, come già oggi in caso di applicazione degli articoli 150 segg. LDIP. Alla luce del suo tenore, la Convenzione va però oltre quanto stabilito dalla LDIP nella misura in cui il riconoscimento, come accennato, abbraccia almeno in parte anche i diritti nei confronti dei terzi acquirenti di beni fiduciari alienati in violazione degli obblighi derivanti dal trust, a condizione che tali diritti siano previsti dalla legislazione sui trust che risulta applicabile (cfr. art. 11 cpv. 2 lett. d Conv.). Come detto, nel sistema della LDIP tali diritti non soggiacciono allo statuto del trust, bensì alle norme sugli atti illeciti o sull'indebito arricchimento. In altri termini, detti diritti sono riconosciuti soltanto se sono previsti dalla normativa applicabile in materia di atti illeciti o di indebito arricchimento. Trat-

tandosi di cose mobili o immobili, sarà lo statuto reale in questione in base agli articoli 99 e 100 LDIP a stabilire se l'acquirente dei beni fiduciari ne diviene effettivamente proprietario, tanto secondo la LDIP quanto secondo la Convenzione (art. 15 cpv. 1 lett. d Conv.).

1.4.2.2.2 Regime matrimoniale e diritto successorio

Il riconoscimento di un trust in base alla Convenzione dell'Aia implica anche il riconoscimento dello stesso come patrimonio separato nel contesto del regime matrimoniale e del diritto successorio. Altrimenti detto, il trust non rientra né nelle masse del regime matrimoniale né nella successione del *trustee* (art. 11 cpv. 2 lett. c Conv.). Questo principio dovrebbe applicarsi anche nel caso in cui si riconoscesse al trust la qualità di "società" ai sensi della LDIP.

1.4.2.2.3 Ordine pubblico

Come detto, la Convenzione dell'Aia prevede anch'essa (art. 18) una riserva in favore dell'ordine pubblico (svizzero). Tuttavia, la riserva prevista dalla Convenzione concerne unicamente i casi di *manifesta* incompatibilità con l'ordine pubblico. Di conseguenza, per quanto riguarda la segregabilità dei beni fiduciari, la riserva dev'essere applicata con maggiore cautela rispetto a quanto avvenga nell'ambito della LDIP, la quale consente di applicarla tutt'al più agli immobili. Indipendentemente da ciò, se si vuole applicare la riserva dell'ordine pubblico anche ad altri elementi patrimoniali del trust, ciò dovrà avvenire nell'ambito dell'articolo 11 capoverso 3 lettere a e b della Convenzione, il quale prevede che il riconoscimento di un trust deve riferirsi anche alla segregabilità dei beni fiduciari. Così, la segregazione può essere negata tutt'al più in casi particolari, come nell'eventualità di una confusione dei beni fiduciari con il patrimonio privato del *trustee*. L'articolo 11 capoverso 3 lettere a e b della Convenzione permette eventualmente di invocare l'incompatibilità della segregazione con l'ordine pubblico per escludere la rivendicazione di immobili la cui appartenenza a un trust non è stata menzionata nel registro fondiario. Spetterà ai tribunali risolvere tutti questi interrogativi.

1.4.2.2.4 Leggi d'applicazione necessaria

Gli Stati conservano peraltro la facoltà di fare salve le loro leggi d'applicazione necessaria (art. 16 cpv. 1 Conv.). Per stabilire se l'articolo 335 CC rientra tra queste, occorre esaminare se la disposizione merita di avere portata internazionale ai sensi dell'articolo 18 LDIP (cfr. n. 1.4.1.1.7).

1.4.3 Vantaggi della Convenzione rispetto all'attuale LDIP

1.4.3.1 Scenario determinante

Nel soppesare i pro e i contro di una ratifica della Convenzione dell'Aia sui trust non bisogna dimenticare che lo *status quo* attuale, lungi dall'ostacolare un riconoscimento generale dei trust, permette invece un ampio riconoscimento nel contesto degli articoli 150 segg. LDIP. In base a tali articoli, persino una parte dei trust qualificati come contratti e non come società dovrebbe essere ampiamente riconosciuta, ad esempio nel caso frequente in cui è stato scelto il diritto di uno Stato che riconosce i trust. La questione che si pone non è dunque se convenga riconoscere i trust stranieri nel nostro Paese, bensì se sia più vantaggioso il sistema di riconoscimento della LDIP o quello della Convenzione dell'Aia.

1.4.3.2 Certezza del diritto

Nel paragonare il sistema della Convenzione dell'Aia sui trust a quello della LDIP occorre tener presente che il trust è già lar-

gamente diffuso nella realtà giuridica elvetica (cfr. n. 1.2.4) e che la certezza del diritto è un'esigenza altrettanto sentita. Conviene tanto alle parti interessate quanto alle autorità coinvolte (in particolare il fisco e le autorità incaricate di combattere il riciclaggio di denaro) poter stabilire con la maggior certezza possibile quali siano le disposizioni applicabili a un trust nella singola fattispecie.

Per la Svizzera, una maggiore certezza del diritto comporterebbe in particolare anche vantaggi economici. Come si è detto al numero 1.2.4, in Svizzera il trust sta diventando una realtà sempre più diffusa: l'istituzione di una base giuridica certa consentirebbe non solo di mantenere a lungo termine l'attrattiva della piazza Svizzera, ma addirittura di incrementarla ulteriormente, con conseguenze ugualmente positive sul volume d'affari. Per i trust, l'utilità consisterebbe tra l'altro anche nel fatto che tutti i servizi potrebbero essere forniti in Svizzera e non si dovrebbe più far capo a strutture complesse con il concorso di Stati terzi.

1.4.3.3 Vantaggi connessi

Dal profilo della certezza del diritto, la Convenzione dell'Aia presenta vantaggi di rilievo:

1. Diverrebbe superflua la distinzione, necessaria nell'ambito della LDIP, tra i trust con struttura analoga a quella di una società e quelli con struttura analoga a quella di un contratto.

2. La regola di cui all'articolo 6 della Convenzione, secondo cui il trust è retto dalla legge scelta dal *settlor*, è più agevole da utilizzare nel caso concreto e più prevedibile di quanto non lo sia il criterio dell'incorporazione del trust previsto dall'articolo 154 capoverso 1 LDIP. Di norma, i trust non sono caratterizzati da un'incorporazione formale. Pertanto, se non è stato scelto il diritto applicabile, può risultare difficile, allo stato attuale della legislazione, determinare in base a quale diritto il trust sia stato organizzato. Se invece questa scelta è stata fatta, resta ancora da chiarire se il diritto prescelto è anche quello in base al quale il trust è stato effettivamente organizzato. Nell'uno come nell'altro caso, bisogna inoltre esaminare se l'organizzazione in base a un determinato diritto sia sufficientemente percettibile dall'esterno.

3. Come detto, la Convenzione dell'Aia è più incline al riconoscimento dei trust di quanto non lo siano gli articoli 150 segg. LDIP. Il vantaggio consiste nel fatto che nella singola fattispecie i trust possono molto più spesso essere esaminati in base a un ordinamento giuridico che conosce tale istituto. La trasposizione di un trust in un ordinamento giuridico cui l'istituto è estraneo può non solo risultare estremamente complessa e quindi oltremodo onerosa per le autorità giudicanti, ma anche rendere assai imprevedibile, per gli interessati, l'apprezzamento giuridico di una fattispecie.

4. L'apprezzamento del singolo trust in base all'ordinamento giuridico previsto dalle parti risulta ulteriormente agevolato dal fatto che la Convenzione (art. 9) ammette che per taluni aspetti separabili venga fatta una scelta parziale del diritto (*Teilrechtswahl*). L'articolo 154 LDIP, invece, ammette tale possibilità a condizioni restrittive o addirittura l'esclude.

5. Oltre a favorire la certezza del diritto, bisogna considerare che la Convenzione ne promuove anche l'unificazione: tra l'altro contribuisce a impedire che un trust cui si interessano le autorità di diversi Stati sia sottoposto in ogni Paese a un ordinamento diverso. Esempio: uno straniero istituisce presso una banca svizzera un trust assoggettato al diritto di un altro Stato o la cui sede amministrativa è ubicata all'estero.

Legislazione**1.4.4 Compatibilità della Convenzione con l'ordinamento giuridico svizzero****1.4.4.1 Principio di pubblicità nel diritto civile**

Anche a prescindere dal fatto che la LDIP attuale già consente di riconoscere i trust, la ratifica della Convenzione dell'Aia non farebbe sorgere conflitti di rilievo con i principi fondamentali del nostro ordinamento giuridico. Innanzitutto perché la Convenzione prevede una riserva a favore dell'ordine pubblico e delle leggi d'applicazione necessaria. Per quanto riguarda il nostro principio di pubblicità, è lecito chiedersi in che misura la riserva dell'ordine pubblico potrebbe essere invocata anche per la segregabilità dei beni in trust nel contesto dell'esecuzione forzata; come detto, però, la segregabilità è perlopiù auspicata, nella misura in cui già non sia realtà, anche nell'ambito del nostro ordinamento; sicché non si può più parlare di inconciliabilità tra trust e principio di pubblicità. Ancora una volta, il problema si pone eventualmente rispetto agli immobili, ma l'avamprogetto lo risolve grazie al nuovo articolo 149c LDIP, secondo cui i rapporti di trust devono essere menzionati nel registro fondiario, altrimenti sono inefficaci nei confronti dei terzi in buona fede. L'avamprogetto prevede un'analoga disposizione anche per i diritti immateriali (art. 149c cpv. 2 LDIP).

Benché nel caso dei beni mobili prevalga l'opinione secondo cui il principio di pubblicità debba cedere il passo di fronte all'interesse dell'avente diritto economico, la pubblicità rimane senz'altro auspicabile. Per questa ragione, l'Ufficio federale di giustizia aveva proposto, in un primo progetto, di prevedere l'iscrizione dei rapporti di trust in un apposito registro, analogamente a quanto dispone l'articolo 715 CC nel caso della riserva di proprietà. Tuttavia, i pareri pervenuti erano quasi unanimemente contrari alla proposta dell'Ufficio federale, sicché la disposizione in questione è stata espunta dal presente avamprogetto. Nella stessa occasione è stata soppressa un'ulteriore disposizione sulla pubblicità, che prevedeva per i titoli all'ordine connessi a rapporti di trust un obbligo di menzione sul titolo stesso, e che ha destato critiche analoghe in sede di consultazione. Gli avversari del registro hanno sostenuto che esso avrebbe comportato un onere amministrativo sproporzionato e complicazioni nelle attività connesse ai trust. Il registro avrebbe creato grosse difficoltà in molte transazioni commerciali correnti, soprattutto in rapporto con i titoli. Avrebbe avuto un effetto deterrente sui potenziali clienti dei trust, soprattutto su quelli provenienti dai Paesi di *common law*. Tale effetto deterrente sarebbe poi stato ulteriormente rinforzato dalla mancanza di riservatezza legata all'iscrizione. Oggigiorno, dal possesso di una cosa non sarebbe comunque più possibile inferire una effettiva legittimazione del detentore. Il regime proposto avrebbe inoltre rappresentato un passo in dietro rispetto allo *status quo*.

Uno dei pareri proponeva come alternativa un registro dei *trustee*. Ogni *trustee* avrebbe dovuto iscriversi in un registro. In seguito all'iscrizione, i terzi avrebbero dovuto prevedere la possibilità che i beni in possesso dell'interessato potevano fare parte di un trust.

Per i crediti ordinari, e in particolare per gli averi bancari, non è di norma prevista alcuna pubblicità. Di per sé sola, tale circostanza fa del riconoscimento dei trust stranieri, dal profilo del rispetto del livello svizzero di pubblicità, una questione di scarso rilievo, dato che verosimilmente gran parte dei beni in trust presenti in territorio svizzero è costituita da averi bancari.

1.4.4.2 No al pieno riconoscimento del *tracing*

La Convenzione non impone il riconoscimento del diritto alla distrazione dei beni di un trust in caso di rivendicazione nei confronti degli acquirenti di beni fiduciari indebitamente alienati. L'articolo 11 capoverso 3 lettera b menziona soltanto l'insolvenza o il fallimento "del *trustee*" e la lettera d della medesima disposizione esige soltanto il riconoscimento del diritto di rivendicazione in quanto tale, senza neppure accennare al *constructive trust* eventualmente connesso. Oltretutto, come rilevato in altro contesto, è controverso addirittura l'obbligo di riconoscere il diritto di rivendicare i beni del trust. Se si dovesse ritenere, ciò nonostante, che l'articolo 11 capoverso 3 lettera d della Convenzione abbraccia tutti i diritti di rivendicazione, compreso il connesso *constructive trust*, resterebbe sempre la possibilità di evitare il riconoscimento del *tracing* invocando l'articolo 15, il quale consentirebbe ai tribunali svizzeri di rifiutare il riconoscimento del *constructive trust* e del relativo diritto di segregazione nella misura in cui lo statuto derivante dalla LDIP non ne esiga il riconoscimento.

Se si ritiene che il *constructive trust* previsto in rapporto con il *tracing* non debba essere riconosciuto, la ratifica della Convenzione dell'Aia non comporterebbe, dal profilo del principio di pubblicità, praticamente alcun cambiamento rispetto alla situazione giuridica attuale. Anche il riconoscimento di un trust in base alla LDIP implica il riconoscimento del diritto di segregazione. Sotto questo aspetto, la riserva dell'ordine pubblico interverrebbe in ragione dell'esistenza dell'articolo 401 CO tutt'al più per gli immobili, beni per i quali il problema di pubblicità che si porrebbe in caso di ratifica della Convenzione sarebbe facilmente sormontabile con l'adozione di una norma quale l'articolo 149c LDIP proposto dall'avamprogetto.

Rispetto allo *status quo* vi sarà comunque un cambiamento, nella misura in cui dopo la ratifica probabilmente vi sarà un numero maggiore di trust riconosciuti; questo non solo perché la Convenzione è più incline al riconoscimento di quanto non lo sia la LDIP, ma anche perché in caso di ratifica le attività dei trust in Svizzera aumenterebbero.

1.4.4.3 *Numerus clausus* dei diritti reali

Il riconoscimento del trust non lede il principio del *numerus clausus* dei diritti reali. L'istituto della proprietà fiduciaria esiste anche nel diritto svizzero. La particolarità giuridica del trust, ossia il fatto che i beni in trust non siano accessibili ai creditori personali del fiduciario, non costituisce un'ingerenza nel sistema dei nostri diritti reali. Da un lato, tale particolarità esiste anche nel diritto tedesco, il quale conosce fondamentalmente gli stessi diritti reali che conosciamo noi; dall'altro anche il nostro sistema contiene elementi di trattamento privilegiato della proprietà fiduciaria dal profilo dell'esecuzione forzata. Basti citare ancora una volta gli articoli 16 LFI, 37b LBCR e 401 capoverso 3 CO.

Come detto, il diritto di rivendicazione nei confronti di chi acquisisce beni fiduciari in mala fede o a titolo gratuito non ha carattere di diritto reale. Tuttavia, la pretesa presenta una componente reale nella misura in cui è rafforzata da un *constructive trust* e di conseguenza può essere invocata anche nei confronti dei creditori dell'acquirente. Ma questo non basta certo a farne un diritto reale ai sensi del nostro ordinamento. Si tratta piuttosto di un'analogia con la regolamentazione stabilita dall'articolo 401 capoverso 3 CO in rapporto con il diritto di rivendicazione del mandante. Del resto, abbiamo già visto che il testo della

Convenzione non implica l'obbligo di riconoscere il *constructive trust* e il relativo diritto di segregazione.

Il diritto scozzese, che come il nostro opera una distinzione rigorosa tra diritti reali e diritti personali, non conosce forme di proprietà dissociata e si basa su un *numerus clausus* dei diritti reali, ha accolto senza difficoltà l'istituto del trust all'interno del proprio sistema. Semplicemente, considera il *trustee* come proprietario fiduciario e i beni fiduciari come patrimonio separato sottratto ai creditori privati del *trustee*. Non prevede invece una legittimazione reale del *beneficiary*. Eventuali pretese nei confronti di un acquirente di beni fiduciari non sono fondate su una legittimazione reale, bensì su un rapporto personale (pretesa derivante da atti illeciti, impugnazione di donazioni).

1.4.4.4 Azione derivante da atti illeciti e azione d'indebito arricchimento secondo il diritto svizzero

Tralasciando il summenzionato *constructive trust*, in definitiva il diritto di rivendicazione nei confronti di chi ha acquisito un bene in mala fede o a titolo gratuito non è nulla di particolare. Anche il nostro ordinamento conosce un'azione di risarcimento di carattere delittuale nei confronti di chi acquisisce in mala fede beni posti in trust, dacché il comportamento dell'acquirente di mala fede può essere considerato perlomeno un atto contrario alla morale. In certi casi potrebbe addirittura trattarsi di istigazione o ricettazione (art. 160 del Codice penale svizzero [CP, RS 311.0]) in combinazione con il reato di appropriazione indebita (art. 138 comma 1 CP, nella variante prevista dalla seconda ipotesi) o di amministrazione infedele (art. 158 CP).

Quanto al tipo di risarcimento, il diritto dei trust diverge dal nostro ordinamento nella misura in cui l'attore può scegliere tra riparazione *in natura* (restituzione della cosa o del surrogato più eventuali redditi) e risarcimento in valore (a sua volta, il convenuto riceve in restituzione il prezzo d'acquisto e, nella misura in cui sia andato a beneficio del trust stesso, *realiter* o in compensazione). Tuttavia, questa regolamentazione non è affatto incompatibile con il nostro sistema di responsabilità civile. L'articolo 43 CO affida la determinazione del modo e della misura del risarcimento all'apprezzamento del giudice e così facendo lascia aperta anche la possibilità di una restituzione in natura.

Il diritto nei confronti di chi acquisisce in buona fede beni a titolo gratuito si fonda, come detto, sull'indebito arricchimento. Nel sistema angloamericano, chi acquista gratuitamente beni in seguito a un atto di slealtà (*breach of trust*) si arricchisce in modo iniquo. Anche sotto questo aspetto si notano forti parallelismi con il diritto svizzero. Le nostre norme sull'indebito arricchimento mirano anch'esse alla compensazione di trasferimenti patrimoniali iniqui, e la dottrina assimila a un tale trasferimento anche l'acquisizione in buona o mala fede di beni indebitamente alienati mediante donazione. Il principio è che le donazioni di beni altrui non meritano tutela. Così, l'articolo 239 CO viene interpretato in modo tale da riconoscere come donazione soltanto le liberalità concesse coi propri beni. Se ne desume quindi che le liberalità concesse con il patrimonio altrui non configurano una valida *causa* e pertanto non possono provocare il trasferimento della proprietà. Le liberalità concesse con beni affidati di cui formalmente è proprietario il donatore comportano il passaggio del titolo, ma fanno nascere un'azione di indebito arricchimento contro l'acquirente. Anche per quanto riguarda l'estensione del diritto vi sono parallelismi con il diritto svizzero. Anche il diritto di rivendicazione previsto in materia di trust si li-

mita all'arricchimento sussistente (cfr. art. 64 CO), e le spese necessarie e utili devono essere rufuse all'acquirente in entrambi i sistemi (cfr. art. 65 CO).

1.4.4.5 Riserva dello statuto reale

In sintesi, occorre ribadire che il riconoscimento dei trust non comporta l'introduzione di nuovi diritti reali nel nostro ordinamento. Il *trustee* dev'essere considerato unico avente diritto reale sui beni posti in trust, purché i singoli diritti patrimoniali gli siano stati trasferiti validamente. Come nel contesto della LDIP, la validità del trasferimento dei vari diritti patrimoniali si determina in base allo statuto di trasferimento dei singoli diritti, vale a dire, per le cose, allo statuto reale (art. 99 segg. LDIP). Lo statuto reale è riservato anche per altri diritti reali relativi a beni posti in trust. I trust che svolgono soltanto funzione di garanzia potrebbero, come abbiamo già esposto, essere sottoposti interamente allo statuto reale.

1.4.5 Possibili obiezioni di carattere giuspolitico

In Svizzera si guarda spesso con scetticismo all'istituto del trust, spesso considerato uno strumento utilizzato per l'occultamento degli effettivi rapporti di proprietà, l'evasione fiscale, il riciclaggio di denaro, la violazione delle norme sulle legittime e simili. In proposito va precisato quanto segue.

1.4.5.1 Riciclaggio di denaro

Nell'ambito dei lavori del *Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux* (GAFI) la Svizzera ha sinora assunto un atteggiamento critico rispetto al trust, non da ultimo in conseguenza delle pressioni esercitate soprattutto da parte anglosassone sull'azione al portatore svizzera. Ma nel quadro della revisione delle proprie raccomandazioni, il GAFI ha ora trovato un'intesa sul testo seguente, elaborato su impulso della Svizzera (Raccomandazione 34):

Les pays devraient prendre des mesures pour empêcher l'utilisation illicite de constructions juridiques par les blanchisseurs de capitaux. Les pays devraient notamment s'assurer que des informations adéquates, pertinentes et à jour sur les trusts exprès, notamment des informations sur les personnes ayant constitué ces trusts exprès, les administrateurs et les bénéficiaires, peuvent être obtenues ou consultées en temps voulu par les autorités compétentes. Les pays pourraient envisager de prendre des mesures pour faciliter l'accès aux informations sur les bénéficiaires effectifs et sur le contrôle des constructions juridiques, nécessaires aux institutions financières pour se conformer aux obligations découlant de la Recommandation 5.

La Svizzera soddisfa già tali requisiti grazie alla legge federale relativa alla lotta contro il riciclaggio di denaro nel settore finanziario (LRD; RS 955.0). Il *trustee* è tenuto, in qualità di intermediario finanziario, a identificare tanto il *settlor* ("controparte" ai sensi dell'art. 3 LRD) quanto i *beneficiaries*, vale a dire gli aventi economicamente diritto (art. 4 cpv. 1 lett. a LRD; cfr. in generale art. 20 cpv. 2 dell'ordinanza dell'Autorità di controllo per la lotta contro il riciclaggio di denaro relativa agli obblighi degli intermediari finanziari che le sono direttamente sottoposti [ORD AdC; RS 955.16]). L'obbligo sussiste non solo all'inizio ma anche nel corso della relazione d'affari (art. 5 cpv. 1 LRD), dato che in determinati trust il *beneficiary* può cambiare o non essere ancora determinato. Se il *trustee* non opera egli stesso a titolo professionale e non può quindi essere ritenuto un intermediario finanziario ai sensi dell'articolo 2 capoverso 3 LRD, lavorerà di regola con uno di essi, ad esempio con una banca o un gestore patrimoniale professionista, il quale avrà l'obbligo da parte sua di

Legislazione

raccogliere una dichiarazione scritta indicante l'avente economicamente diritto. Tale obbligo sussiste sia in base alla lettera a sia in base alla lettera b dell'articolo 4 capoverso 1 LRD, poiché in questo ambito i trust sono considerati società di domicilio (o "società di sede", art. 3 ORD AdC). Le banche sono comunque tenute all'identificazione dell'avente economicamente diritto in virtù degli articoli 3 e 4 della Convenzione di diligenza.

Dalle constatazioni che precedono si evince anzitutto che per i trust amministrati in Svizzera la trasparenza necessaria a prevenire il riciclaggio di denaro è garantita, e secondariamente che la ratifica della Convenzione dell'Aia sui trust da parte della Svizzera non contraddirebbe l'atteggiamento assunto nell'ambito del GAFL. Tanto più che, come abbiamo già spiegato, il trust esiste già in Svizzera e non verrebbe introdotto *ex novo* con la ratifica. La ratifica avrebbe come unica conseguenza l'assoggettamento del trust a una base legale più solida, a tutto vantaggio, in definitiva, della lotta contro il riciclaggio di denaro. La sorveglianza dei trust è più efficace se vi è chiarezza circa gli effetti di carattere civile dell'istituto. In tal senso, l'Autorità svizzera di controllo per la lotta contro il riciclaggio di denaro vedrebbe di buon occhio la ratifica.

Va inoltre rilevato che i problemi di trasparenza associati al trust si presentano già nella nostra "fiducia" (nel senso di "Treuhand"), che per quanto riguarda la trasparenza presenta le caratteristiche fondamentali del trust. Anche la fiducia poggia su una dissociazione tra proprietà formale e legittimazione economica. Può essere istituita senza rispettare alcuna forma, esattamente come il trust, e anche le regole sui beneficiari possono essere strutturate allo stesso modo. Il fiduciante può istituire come beneficiario se stesso o una terza persona, oppure affidare la scelta dei beneficiari al fiduciario o ad altri. Può persino arrogarsi il diritto di ridefinire le regole sui beneficiari nel corso della relazione d'affari. Sotto questo profilo, la fiducia è addirittura più pericolosa del trust, in quanto il fiduciante può riservarsi interamente il potere di impartire istruzioni, riserva che invece il diritto angloamericano non ammette.

Ciò che probabilmente conferisce al trust un'attrattiva maggiore rispetto alla fiducia per chi svolge attività illegali è il fatto che i creditori del *trustee* non possono attingere al patrimonio fiduciario. A questo proposito occorre comunque tener presente che secondo la già evocata prassi del Tribunale federale la stessa regola sembra valere, in forza dell'articolo 401 capoverso 1 CO, anche nel caso della fiducia, non appena il fiduciario si sia premurato di trasferire gli averi fiduciari su un conto bancario. Se è vero che il credito nei confronti della banca rientra in un primo momento nel patrimonio affidato al fiduciario, con il fallimento di quest'ultimo passa però, in virtù di una cessione legale, al fiduciante.

1.4.5.2 Diritto fiscale

Oggi come oggi le autorità fiscali elvetiche devono già occuparsi del trattamento fiscale dei trust. I trust vengono ricondotti all'interno delle categorie previste dal sistema tributario in questione principalmente in base alla legittimazione economica, piuttosto che all'assetto giuridico. Naturalmente, bisogna considerare anche gli effetti di carattere civile che il trust comporta; anche le autorità fiscali avvertono pertanto la necessità di poter contare sulla certezza del diritto in questo ambito. Vari esponenti del settore si sono infatti espressi in termini positivi sulla eventualità di una ratifica.

In Svizzera, il trattamento fiscale dei trust continuerebbe comunque a essere retto esclusivamente dal diritto svizzero, anche in caso di ratifica della Convenzione. L'articolo 19 della Convenzione precisa del resto che la competenza degli Stati in materia fiscale non è compromessa.

Il diritto fiscale svizzero è riservato in particolare per la questione dell'imponibilità del patrimonio conferito in trust. In molti Paesi l'importanza considerevole assunta dal trust è legata a questioni di ordine fiscale. Talune forme di trust consentono, nelle relazioni internazionali, di sottrarre legalmente al fisco beni e redditi per un lungo periodo, talvolta anche per varie generazioni, in quanto detti beni non rientrano in alcuna categoria imponibile. In Svizzera, invece, i patrimoni conferiti in trust sono sostanzialmente imponibili.

1.4.5.3 Elusione del diritto civile svizzero

Vi è chi teme che l'istituto del trust possa essere sfruttato allo scopo di eludere disposizioni imperative del diritto civile svizzero, benché gran parte degli ambiti che nel nostro ordinamento sono retti da norme imperative non sia nemmeno toccata dalla Convenzione (art. 4, 8 e 15 Conv.). La Convenzione non si applica ad esempio al diritto delle persone (esercizio dei diritti civili), alle norme sui regimi matrimoniali, al diritto successorio (forma delle disposizioni e modi di disporre, norme sulle porzioni legittime) e ai diritti reali (contenuto e trasmissione dei diritti reali). Per quanto concerne questi ultimi, in particolare, si potrebbe anche qualificare i trust con funzione di garanzia reale, equivalenti a un diritto di pegno o a una riserva di proprietà, come fattispecie di diritto reale e pertanto assoggettarli al diritto del luogo di situazione in applicazione del capitolo 7 della LDIP (diritti reali). Sussiste una possibilità di elusione eventualmente nell'ambito delle disposizioni applicabili alle persone giuridiche, disposizioni che però possono essere eluse anche senza ricorrere al trust, ad esempio istituendo una *Anstalt* o una fondazione secondo il diritto del Liechtenstein. Il capitolo 10 della LDIP, determinante per le persone giuridiche, poggia peraltro sul principio liberale dell'incorporazione, in base al quale le persone giuridiche possono essere create secondo qualunque diritto, basta che siano valide secondo il diritto in questione.

Del resto, bisogna tener presente che nell'ordinamento giuridico svizzero le norme imperative servono principalmente a proteggere singole parti o determinati gruppi di persone. Anche il diritto angloamericano dei trust conosce disposizioni di questo tipo, in particolare in rapporto con la posizione del *trustee*, il quale nel sistema angloamericano soggiace a un severo regime di obblighi.

L'elusione è esclusa *a priori* per tutte quelle norme imperative che, in virtù della loro particolare rilevanza, hanno statuto di *legge d'applicazione necessaria* ai sensi dell'articolo 18 LDIP. La Convenzione prevede una riserva in favore di queste norme (art. 16 Conv.), come per l'*ordine pubblico* dei singoli Stati contraenti, riservato dall'articolo 18. In particolare, continuerà ad applicarsi anche la legge federale sull'acquisto di fondi da parte di persone all'estero (RS 211.412.41), la quale è già riservata in virtù dell'articolo 3 della Convenzione.

L'articolo 149b LDIP proposto dall'avamprogetto prevede una variante consistente nell'aggiunta di un terzo capoverso. Se questo capoverso aggiuntivo fosse integrato nella legge, l'istituzione di un trust di diritto straniero sarebbe valida soltanto nel caso in cui il trust in questione presentasse un certo carattere di estraneità.

Disposizioni generali dell'atto istitutivo

di Maurizio Lupoi

SOMMARIO: § 1. La “Durata del Trust”. – § 2. Anticipazione del termine finale di durata. – § 3. La giurisdizione – § 4. Arbitrato e conciliazione. – § 5. Il “Libro degli eventi”. – § 6. Il Registro dei beneficiari. – § 7. Riservatezza. – § 8. La forma degli atti.

§ 1. La “Durata del Trust”.

A) Inquadramento

La “rule against perpetuities” inglese è stata espressamente abrogata da numerose leggi negli Usa e del modello internazionale e comunque la maggioranza di queste ultime non distingue fra il termine entro il quale deve avvenire la definitiva individuazione dei titolari dei *vested interest* e il termine finale del trust, dando rilevanza solo a quest'ultimo o, se si preferisce, unificando le due nozioni. Questa combinazione di circostanze non rende impossibile redigere clausole valide in tutti gli ordinamenti, ma richiede che esse si attestino su una sorta di minimo comune denominatore e che, quindi, non distinguano fra *perpetuity period* e *trust period* e facciano coincidere la cessazione del trust e il momento ultimo per l'individuazione dei titolari dei *vested interest*. Ogni disposizione sui poteri del trustee e sui diritti dei beneficiari cessa allora e il termine finale del trust non potrà mai eccedere, a pena di nullità, quello che nel modello internazionale è usualmente definito “duration of the trust”. Tuttavia, allo scopo di recuperare la ricchezza delle conseguenze nascenti dalla impostazione inglese, talvolta proporrò clausole idonee per i soli trust retti dal diritto inglese (e per quei diritti che hanno mantenuto la “rule against perpetuities”) e altre che, fondate su quel minimo comune denominatore, sono tendenzialmente valide per i primi e per i trust del modello internazionale.

Nei trust diversi dai trust autodichiarati il periodo di durata del trust si inizia con l'accettazione, da parte del trustee, della nomina contenuta nell'atto istitutivo; sotto il profilo documentario, l'accettazione può essere:

- a) contemporanea e contestuale,
- b) successiva, ma contestuale (cioè nello stesso atto istitutivo),
- c) non contestuale (e quindi normalmente non contemporanea).

Preferisco, per le ragioni di certezza delle posizioni giuridiche che i trust interni richiedono, escludere l'accettazione per fatti concludenti e quindi le clausole che ora vedremo presuppongono tutte la accettazione espressa e propongono, quale opzione che solitamente è da accogliere, che l'accettazione risulti da un atto autentico.

All'altro estremo del periodo è il “termine finale”; per vero, la locuzione “termine finale” è impropria perché gli eventi dedotti quale termine finale sono spesso *condizioni*, sospensive o risolutive, talvolta potestative; eccezionalmente anche il “termine iniziale” è una condizione (sospensiva).

B) Durata corrispondente a un periodo prefissato e la sua anticipazione

Termine iniziale e termine finale delimitano quella che convenzionalmente chiameremo la “Durata del Trust” e, in inglese, “The Trust Period”. Ecco la formulazione più semplice, riferita ai trust autodichiarati e ai trust sottoscritti contemporaneamente e contestualmente dal disponente (o dai disponenti) e dal trustee:

esempio n. 1. La “Durata del Trust”

A. Per “Durata del Trust” si intende il periodo:

1. il cui termine iniziale è la data della sottoscrizione di questo Strumento
2. e il cui termine finale è il decorso di <numero> anni dal termine iniziale(1).

B. [La Durata del Trust è il “perpetuity period” applicabile al Trust.]

Note:

Maurizio Lupoi è professore ordinario dell'Università di Genova.

Con il consenso dell'editore e dell'autore riproduciamo parte del cap. VIII da M. Lupoi, *L'atto istitutivo di trust – con un formulario*, Giuffrè Editore, Milano, 2005.

Nel corso del libro, tutte le clausole compaiono quali “esempi”. Molte clausole contengono opzioni e alternative secondo le seguenti convenzioni:

la parentesi quadre “[]” indicano parole o frasi opzionali: esse possono essere o meno incluse secondo l'opportunità;

la barra “/” indica due o più formulazioni alternative: fra esse è necessario scegliere a meno che siano all'interno di una frase marcata quale opzionale che si decida di non includere;

il segno “<” e “>” indicano elementi di fatto.

(1) Il numero di anni deve ovviamente conformarsi alle norme della legge regolatrice del trust.

Prassi negoziale**esempio n. 2. “The Trust Period”**

- A. “The Trust Period” means the period
1. beginning with the date of this Instrument
 2. and ending upon the expiration of <number> years from the beginning of the Trust Period.
- B. [The Trust Period is the perpetuity period applicable to the Trust.]

Il comma B., opzionale per i trust regolati dalle leggi che conoscono il *perpetuity period* e non significativo per gli altri, è normalmente inutile e non sarà riproposto nei successivi esempi, tranne quando il periodo scelto quale durata del trust richieda si precisi che il *perpetuity period* non corrisponde alla durata del trust.

Quando il trustee accetta in un secondo momento, vuoi sottoscrivendo il medesimo documento sottoscritto dal disponente vuoi sottoscrivendone una copia vuoi con separato atto di accettazione è più adatta la seguente clausola:

esempio n. 3. La “Durata del Trust”

- A. Per “Durata del Trust” si intende il periodo:
1. il cui termine iniziale è la data della accettazione espressa del Trustee [per atto autentico]
 2. e il cui termine finale è il decorso di <numero> anni dal termine iniziale.

esempio n. 4. “The Trust Period”

- A. “The Trust Period” means the period
1. beginning with the date of the express acceptance of their appointment by the Trustees [by a notarially attested document] and
 2. ending upon the expiration of <number> years from the beginning of the Trust Period.

A ben guardare, questa clausola è adatta anche ai casi di sottoscrizione contestuale e contemporanea e quindi, fatti salvi i trust autodichiarati, nei successivi esempi riterremo soltanto quest’ultima formulazione; peraltro, quando il redattore dell’atto sa con certezza che disponente e trustee sottoscriveranno insieme l’atto istitutivo, la precedente formula va preferita perché è più snella.

Si può consentire al trustee o anche a terzi (per esempio, il comitato dei beneficiari) di *anticipare* il termine finale e allora l’articolo assume la seguente forma (che può mutare il termine finale in una condizione risolutiva potestativa):

esempio n. 5. La “Durata del Trust”

- A. Per “Durata del Trust” si intende il periodo:
1. il cui termine iniziale è la data della accettazione espressa del Trustee [per atto autentico]
 2. e il cui termine finale è
 - a. il decorso di <numero> anni dal termine iniziale
 - b. a meno che il Trustee [nell’interesse dei Beneficiari] [ottenuto il consenso del Guardiano / del Comitato dei Beneficiari] / il Comitato dei Beneficiari dichiarati [per atto autentico] una data anteriore, purché successiva alla data della dichiarazione.

Introduciamo qui vincoli nell’esercizio dei poteri discrezionali del trustee; le indicazioni fornite sono meramente esemplificative e il redattore dell’atto dovrà ciascuna volta riportare questi vincoli alle finalità dello specifico trust.

Nei trust di famiglia questa flessibilità nella anticipazione del termine non è sempre voluta e allora, se il testo di cui all’esempio precedente non è adatto, si consente l’anticipazione dopo la morte del disponente, purché sia decorso un termine minimo (quest’ultima precisazione cautela contro una immatura scomparsa del disponente, in conseguenza della quale il trust potrebbe cessare ben prima di quanto egli desideri). Donde:

esempio n. 6. La “Durata del Trust”

- A. Per “Durata del Trust” si intende il periodo:
1. il cui termine iniziale è la data della accettazione espressa del Trustee [per atto autentico]
 2. e il cui termine finale è
 - a. il decorso di <numero> anni dal termine iniziale
 - b. a meno che, defunto il Disponente, il Trustee nell’interesse dei Beneficiari [ottenuto il consenso del Guardiano / del Comitato dei Beneficiari] dichiarati [per atto autentico] una data anteriore, purché successiva:
 - i. alla data della dichiarazione
 - ii. e di <numero> anni al termine iniziale.

La precisazione nel sottocomma 2.b.i. non è inutile: essa evita che i trustee possano dichiarare che il trust *sia già cessato*.

Ecco la traduzione inglese di questo articolo:

esempio n. 7. "The Trust Period"

A. "The Trust Period" means the period

1. beginning with the date of the express acceptance of their appointment by the Trustees [by a notarially attested document] and
2. ending
 - a. upon the expiration of <number> years from the beginning of the Trust Period or
 - b. at such earlier date as, after the date of the Settlor, the Trustees [in the interest of the Beneficiaries] [with the prior consent of the Protector / of the Beneficiary Committee] determine [by a legalised document], not being a date earlier than
 - i. the date of their declaration and
 - ii. <number> years after the beginning of the Trust Period.

C) Condizione sospensiva

In casi molto particolari – fondamentalmente la sopravvenuta incapacità del disponente in relazione a un trust la cui finalità sia quella di provvedere al disponente qualora egli divenga incapace – il trust è sospensivamente condizionato a tale sopravvenuta incapacità:

esempio n. 8. La "Durata del Trust"

A. Per "Durata del Trust" si intende il periodo:

1. il cui termine iniziale è la sopravvenuta incapacità del Disponente, purché sia intervenuta la accettazione espressa del Trustee [per atto autentico]
2. e il cui termine finale è la data della morte del Disponente.

Si ha così una sorta di procedimento che definisce il termine iniziale; naturalmente, anche gli atti di trasferimento al trustee saranno sospensivamente condizionati. La nozione di "incapacità" sarà inclusa fra le nozioni giuridiche definite.

D) Durata legata alla vita di una persona e la sua anticipazione

Due casi di durata commisurata alla sopravvivenza di una o più persone e, nel secondo, il potere di anticipare il termine finale:

esempio n. 9. La "Durata del Trust"

A. Per "Durata del Trust" si intende il periodo:

1. il cui termine iniziale è la data della accettazione espressa del Trustee [per atto autentico]
2. e il cui termine finale è la data della morte del Soggetto da assistere(2).

esempio n. 10. La "Durata del Trust"

A. Per "Durata del Trust" si intende il periodo:

1. il cui termine iniziale è la data della accettazione espressa del Trustee [per atto autentico]
2. e il cui termine finale è
 - a. la data del decesso dell'ultimo figlio in vita del Disponente
 - b. a meno che il Trustee nell'interesse dei Beneficiari [sentito il parere del Guardiano / il Comitato dei Beneficiari,] dichiari [per atto autentico] una data anteriore, purché successiva alla data della dichiarazione.

E) Durata legata a eventi cumulativi**esempio n. 11. La "Durata del Trust"**

A. Per "Durata del Trust" si intende il periodo:

1. il cui termine iniziale è la data della accettazione espressa del Trustee [per atto autentico]
2. e il cui termine finale è la data nella quale si saranno verificati entrambi i seguenti fatti:
 - a. il decesso del Disponente
 - b. il decorso di <numero> anni dal termine iniziale.

esempio n. 12. La "Durata del Trust"

A. Per "Durata del Trust" si intende il periodo:

1. il cui termine iniziale è la data della accettazione espressa del Trustee [per atto autentico]
2. e il cui termine finale è la data nella quale si saranno verificati i seguenti fatti:
 - a. il decesso sia del Disponente che di sua sorella / moglie <nome>
 - b. nonché
 - i. il raggiungimento del <numero ordinale> anno di età da parte di tutti i figli del Disponente che non siano defunti prima di raggiungere tale età
 - ii. in mancanza: la data nella quale tutti i Beneficiari siano defunti.

Questi due esempi richiedono alcuni commenti di indole redazionale.

Il primo collega i due eventi con la frase "la data nella quale si saranno verificati entrambi i seguenti fatti", mentre il secondo ha espunto "entrambi" e ha legato i due fatti con "nonché"; la ragione è che il secondo "fatto" è in realtà una combinazione di fatti e quindi "entrambi" non sarebbe stato appropriato.

La difficoltà del secondo esempio consiste proprio nella definizione del secondo "fatto": non sarebbe stato sufficiente il sottocomma b.i., come a prima vista

Nota:

(2) Il termine "Soggetto da assistere" sarà definito in altro luogo dell'atto istitutivo.

Prassi negoziale

sembrerebbe, dato che un figlio del disponente o raggiunge l'età fissata o muore prima? La risposta è negativa, perché il "fatto" consiste nel "raggiungimento del <numero ordinale> anno di età" da parte di tutti i figli che non siano morti prima di raggiungere tale età e quindi lascia scoperto il caso nel quale tutti i figli del disponente muoiano anteriormente; questo caso è nel sottocomma b.ii., introdotto da "in mancanza".

F) Durata legata a eventi alternativi

esempio n. 13. La "Durata del Trust"

A. Per "Durata del Trust" si intende il periodo:

1. il cui termine iniziale è la data della accettazione espressa del Trustee [per atto autentico]
2. e il cui termine finale è la data del primo verificarsi di uno fra i seguenti fatti:
 - a. il compimento del diciottesimo anno da parte di <nome>
 - b. la sua morte.

La traduzione in inglese:

esempio n. 14. "The Trust Period"

A. "The Trust Period" means the period

1. beginning with the date of the express acceptance of their appointment by the Trustees [by a notarially attested document] and
2. ending on whichever shall be the earlier of
 - a. the date on which <name> attains the age of <number>
 - b. the date of the date of <name>.

G) Eventi dedotti quale "termine finale"

Se il trust mira al raggiungimento di un obiettivo finanziario o commerciale, il "termine finale" è il raggiungimento di quell'obiettivo o la accertata impossibilità di raggiungerlo come nell'articolo che segue:

esempio n. 15. La "Durata del Trust"

A. Per "Durata del Trust" si intende il periodo il cui termine iniziale è la data della accettazione espressa del Trustee e il cui termine finale è

1. qualora la <nome della società> sia quotata in un mercato borsistico regolamentato entro il <data>: <numero> mesi dopo la quotazione;
2. altrimenti: il <data>
3. a meno che il Trustee dichiari [per atto autentico] un termine inferiore dichiarando che, a suo giudizio,
 - a. la quotazione è divenuta impossibile
 - b. ovvero che l'andamento della società è talmente negativo da rendere opportuna l'immediata alienazione del Fondo in trust.

H) Spostamento *in avanti* del termine finale

Vedemmo nell'esempio n. 6 che la morte del disponente può costituire l'evento in conseguenza del quale il trustee acquisisce il potere di *anticipare* il termine finale; la morte del disponente, peraltro, può attribuire al trustee il potere di *prolungare* il termine finale, per esempio qualora i figli del disponente non abbiano ancora raggiunto l'età che il disponente ha considerato indispensabile perché essi possano ricevere i beni vincolati nel trust.

esempio n. 16. La "Durata del Trust"

A. Per "Durata del Trust" si intende il periodo:

1. il cui termine iniziale è la data della accettazione espressa del Trustee
2. e il cui termine finale è
 - a. la data del decesso del Disponente
 - b. ovvero, qualora alla data del decesso del Disponente siano in vita suoi figli di età inferiore a <numero> anni, la data del primo verificarsi di uno fra i seguenti fatti:
 - i. la data in cui tutti i figli del Disponente che non siano defunti prima di raggiungere tale età hanno compiuto <numero> anni,
 - ii. il decorso di <numero> anni dal termine iniziale della Durata del Trust.

I) Mancanza di un termine finale

Alcune leggi del modello internazionale consentono una durata indefinita del trust, così come è consentito da tutte, inclusa quella inglese, per i trust "charitable" e da molte per i trust di scopo non "charitable".

esempio n. 17. La "Durata del Trust"

A. Il termine iniziale della Durata del Trust è la accettazione espressa del Trustee [per atto autentico].

B. Come consentito dalla sect. 14 de "The Trust Ordinance 1990" di Turks & Caicos, il Trust non ha termine finale di durata.

C. Peraltro, il Trust ha termine qualora il Trustee dichiari [per atto autentico] [ottenuto il consenso del Guardiano,] che, a suo giudizio, il Fondo in trust non è sufficiente per il perseguimento dello Scopo del Trust / che altro trust, ente, associazione o fondazione può altrettanto bene perseguire lo Scopo del Trust.

"Scopo del Trust" è ovviamente un termine definito e la formulazione alternativa del comma B. si accompagna, nel corpo dell'atto istitutivo, a una disposizione che prevede il trasferimento del fondo in trust all'altro soggetto individuato dal trustee.

J) Il “Termine per la nomina” e i trust discrezionali

Abbiamo fatto spesso riferimento al diritto inglese e vediamo allora un articolo sulla durata del trust conforme alla legge inglese:

esempio n. 18. La “Durata del Trust”; il “Termine per la nomina”

- A. Per “Durata del Trust” si intende il periodo:
1. il cui termine iniziale è la data della accettazione espressa del Trustee [per atto autentico]
 2. e il cui termine finale è la data della morte dell'ultimo sopravvissuto fra i discendenti del Disponente.
- B. Per “Termine per la nomina” si intende il decorso di <numero> anni dal termine iniziale; questo è il “perpetuity period” applicabile al Trust.

esempio n. 19. “The Trust Period”; “The Appointed Day”

- A. “The Trust Period” means the period
1. beginning with the date of the express acceptance of their appointment by the Trustees [by a notarially attested document]
 2. and ending upon the date of the death of the last survivor of the descendants of the Settlor.
- B. “The Appointed Day” means the day on which the period of <number> years from the beginning of the Trust Period shall expire; this is the perpetuity period applicable to the Trust.

Nel normale andamento delle cose la durata del trust di cui al comma A. eccederà largamente gli ottanta anni previsti dalla legge inglese, ma quel che importa per rispettare la *rule against perpetuities* è che i beneficiari *vested* del trust siano definitivamente individuati entro il termine indicato nel comma B. e quest'ultimo potrà delimitare qualsiasi periodo di tempo non superiore a ottanta anni. La conseguenza sarà che il trust potrà durare quanto i beneficiari vorranno, dato che ad essi spetta, se e quando lo desiderano, richiedere al trustee il trasferimento del fondo in loro favore o secondo le loro istruzioni.

Questo tipo di clausola è usuale per i trust discrezionali e il “Termine per la nomina” è la data entro la quale il trustee deve scegliere i beneficiari all'interno della categoria definita.

Naturalmente non è necessario essere così estremi come nell'esempio da ultimo proposto e una più usuale disposizione sul termine finale e sul termine per la nomina è la seguente, che riprende il primo fra gli esempi di questo § e, nel definire il termine per la

nomina, si adegua al minimo comune denominatore fra il diritto inglese e il modello internazionale perché il termine finale sarà stabilito entro il *perpetuity period* del diritto inglese e il termine massimo di durata del trust della legge regolatrice del modello internazionale e il termine per la nomina sarà ad esso anteriore:

esempio n. 20. La “Durata del Trust”; il “Termine per la nomina” [con riferimento all'esempio n. 1]

- A. Per “Durata del Trust” si intende il periodo:
1. il cui termine iniziale è la sottoscrizione di questo Strumento / la accettazione espressa del Trustee [per atto autentico]
 2. e il cui termine finale è il decorso di <numero> anni dal termine iniziale.
- B. Per “Termine per la nomina” si intende il decorso di <numero> anni dal termine iniziale.

§ 2. Anticipazione del termine finale di durata.

Gli esempi proposti nel precedente § hanno spesso mostrato che il termine può essere sia anticipato, nell'esercizio di un potere del trustee o anche del comitato dei beneficiari, sia posticipato, con riferimento a fattori obiettivi, rispetto all'evento dedotto quale termine finale.

Conosciamo il diritto che l'ordinamento inglese riconosce ai beneficiari *vested* di richiedere al trustee il trasferimento in loro favore del fondo in trust: in diritto inglese, che la ritiene nulla, la seguente disposizione ha solo valore morale, ma non è necessariamente così in altri ordinamenti(3).

esempio n. 21. Anticipazione del termine finale della Durata del Trust

- A. I Beneficiari non hanno diritto di richiedere il trasferimento anticipato del Fondo in trust.

esempio n. 22. Early termination

- A. The Beneficiaries may not require the Trustees to terminate the Trust.

Si sarà notata l'apparente incoerenza fra il titolo e il contenuto di questo articolo e la diversità fra il testo italiano e quello inglese, ma in realtà sono due

Nota:

(3) Essa è certamente valida in Texas e secondo le leggi di altri Stati degli Usa, ma anche, per esempio, nel diritto delle Isole Cook: International Trusts Act 1984, section 10.

Prassi negoziale

modi di esprimere la medesima nozione: tecnicamente, i beneficiari non hanno diritto di *porre fine* al trust (a meno che l'atto istitutivo conferisca loro questo potere), mentre hanno diritto di ottenere il *trasferimento* del fondo in trust, con il che il trust automaticamente termina. Il testo italiano è più corretto di quello inglese, ma quest'ultimo segue la terminologia usuale negli atti in inglese e questo spiega la diversità.

§ 3. La giurisdizione.

I trust interni sono solitamente sottoposti alla esclusiva giurisdizione italiana; alternativamente, alla giurisdizione dello Stato la cui legge regola il trust. Le relative clausole non presentano alcuna particolarità.

Problematica è invece la clausola sulla giurisdizione volontaria, in particolare per le direttive al trustee; esistono numerosi provvedimenti italiani di volontaria giurisdizione riguardanti minori disponenti o beneficiari di un trust e in un caso due trustee sono stati revocati giudizialmente e sono stati nominati nuovi trustee; manca, tuttavia, alcuna giurisprudenza sull'esercizio da parte del giudice italiano di poteri riguardanti l'amministrazione di un trust: di qui la parte conclusiva della seconda clausola nell'articolo che segue:

esempio n. 23. Giurisdizione

A. Ogni controversia relativa all'istituzione, alla validità o agli effetti del Trust o alla sua amministrazione o ai diritti o obbligazioni di qualunque soggetto menzionato in questo Strumento è sottoposta esclusivamente alla magistratura italiana, foro di < città > / alla magistratura dello Stato la cui legge regola il Trust.

B. [Ogni procedimento mirante a fare pronunciare dal Giudice la nomina di un trustee o direttive al Trustee è proposto esclusivamente dinanzi la magistratura italiana, foro di < città >; qualora essa declini di provvedere, alla magistratura dello Stato la cui legge regola il Trust.]

Il secondo comma è opzionale, ma, se incluso, evita che un soggetto interessato possa rivolgersi direttamente al giudice straniero; è vero che quest'ultimo, in materia di trust, solitamente non si ritiene vincolato dalla clausole sulla giurisdizione volontaria, ma, trattandosi di un trust interno, ritengo altamente probabile che non pronunci alcun provvedimento qualora sia possibile che lo pronunci il giudice italiano, che è certamente il giudice più vicino al-

le parti e all'oggetto delle direttive che gli si richiedono; in altre parole, il foro italiano è un *forum conveniens*.

§ 4. Arbitrato e conciliazione.

L'arbitrato è talvolta previsto nei trust commerciali, quasi mai nei trust di famiglia per la ragione che in quest'ultimo tipo di trust una controversia solitamente coinvolge soggetti che non sono gli ultimi e definitivi beneficiari della distribuzione del patrimonio e quindi la risoluzione della controversia rischia di pregiudicare diritti di terzi, che ovviamente non sono pregiudicabili; né gli arbitri possiedono i poteri che ha il giudice, per esempio di nominare un curatore per la tutela degli interessi di persone non ancora nate.

La inclusione nell'atto istitutivo di un procedimento conciliativo, cumulato con la previsione del probabile esito della lite giudiziaria in mancanza di conciliazione, mi appare singolarmente adatta al nostro contesto giuridico. Il testo che propongo è il seguente:

esempio n. 24. Procedimento di conciliazione

A. Qualunque soggetto il quale vanti diritti in forza di questo Strumento è tenuto, prima di agire in giudizio per il loro accertamento o altra pronuncia, a richiedere a < nome > la nomina di un conciliatore.

B. La parte istante espone le proprie ragioni al conciliatore, il quale

1. convocati gli altri soggetti interessati e ascoltatene le ragioni

2. acquisiti gli opportuni elementi di prova anche ascoltando persone informate sui fatti

3. illustra agli interessati il prevedibile andamento di una controversia giudiziaria e propone i termini di una conciliazione.

C. Ove la conciliazione abbia luogo, se ne dà atto in una scrittura sottoscritta dagli interessati e dal conciliatore.

D. Ove la conciliazione non abbia luogo, il conciliatore rilascia alla parte istante una dichiarazione di infruttuoso esperimento della procedura di conciliazione.

E. Il conciliatore determina il proprio onorario, prima in via provvisoria e poi in via definitiva, che gli è corrisposto in uno o più versamenti secondo quanto egli indichi

1. qualora la conciliazione non abbia luogo: dalla parte istante

2. altrimenti: secondo gli accordi raggiunti nel corso della conciliazione.

L'applicazione di questo articolo è generalissima, come risulta dalla frase di apertura, ma non illegitti-

mamente generale perché la fonte del diritto, cioè l'atto istitutivo può, al tempo stesso, attribuire o disciplinare un diritto e prescriverne il modo di esercizio. Il procedimento è estremamente informale, ma, a mio parere, idoneo a tutelare gli interessi delle parti coinvolte.

Nel corso del congresso su "I trust per la famiglia" (4), il prof. Vincenzo Vigoriti ha commentato il testo sopra proposto (che gli avevo trasmesso affinché potesse manifestare il proprio orientamento); egli ha trovato opportuna la frase iniziale ("Qualunque soggetto ..."), ma ha sollevato alcune perplessità sul comma B. e, in particolare, sulla acquisizione di elementi di prova e sulla illustrazione da parte del conciliatore del prevedibile andamento di una controversia giudiziaria. Gli ho chiesto di formulare un testo alternativo ed egli mi ha cortesemente inviato il testo che segue, informandomi che esso tiene conto della proposta di direttiva europea sulla *mediation*, diffusa il 22 ottobre 2004:

esempio n. 25. Procedimento di conciliazione

A. Qualunque soggetto il quale vanta diritti in forza di questo Strumento è tenuto, prima di agire in sede di cognizione ordinaria, a promuovere un tentativo di conciliazione.

B. Il tentativo si promuove notificando a controparte l'invito a comparire, davanti al conciliatore designato, ad una data non superiore a trenta giorni. L'invito contiene i dati necessari ad identificare la controversia.

C. Il tentativo è condotto dal conciliatore nel modo ritenuto più opportuno, rispettato comunque il principio del contraddittorio. Sono ammesse più riunioni, ma il tentativo non può protrarsi oltre trenta giorni dalla prima convocazione.

D. Le parti sono tenute a partecipare ad almeno due delle riunioni convocate del conciliatore designato. In difetto, il tentativo si intende fallito.

E. Se richiesto, il conciliatore rilascia certificazione dell'esito infruttuoso del tentativo. Esclusa ogni valutazione del contenuto.

§ 5. Il "Libro degli eventi".

Nella prassi dei trust interni, specialmente se di lunga durata, si è sviluppato l'uso di un particolare registro, denominato "Libro degli eventi", tenuto dal trustee e sconosciuto fuori di Italia sebbene qualunque trustee diligente annoti ogni evento significativo della vita del trust, come per esempio le comunicazioni verbali da parte del disponente o del guardiano o dei beneficiari. Dato il maggior formalismo degli atti istitutivi italiani rispetto a quelli stranieri per

quanto riguarda la documentazione degli eventi del trust, il libro è anche il luogo nel quale questi atti vengono riportati. In altre parole, esso costituisce una sorta di forma documentaria negozialmente prevista, che consente ai terzi di fare affidamento sulle sue risultanze (mancando da noi la libertà di prova che esiste nel diritto inglese).

esempio n. 26. Il "Libro degli eventi"

A. Il Trustee mantiene e aggiorna il "Libro degli eventi", vidimato in data odierna dal medesimo Notaro che autentica questo Strumento.

B. Il Trustee annota in tale libro:

1. ogni avvenimento che questo Strumento prescriva di annotare;
2. ogni altro avvenimento del quale ritenga opportuno conservare memoria;
3. gli estremi e il contenuto degli atti per i quali la forma autentica è prescritta in questo Strumento o che il Trustee ritiene opportuno registrare; di essi il Trustee mantiene una raccolta completa.

C. Chiunque contraiga con il Trustee è legittimato a fare pieno affidamento sulle risultanze del Libro degli eventi.

esempio n. 27. "The Journal of the events"

A. The Trustees shall maintain and update the "Journal of the events", legalized today by the same Notary who legalizes this Instrument.

B. The Trustees shall enter a note in the Journal

1. of any event, a note of which is required by a provision of this Instrument
2. of any other event they consider appropriate to record
3. of the basic data and the contents of any document required by this Instrument to be notarially attested or that they consider appropriate to record; the Trustees shall maintain a complete collection of all such documents.

C. A person entering into a contract with the Trustee may rightfully rely on the entries in the "Journal of the events".

§ 6. Il Registro dei beneficiari.

Il "Registro dei beneficiari" è utile nei trust commerciali quando vi sia un numero rilevante di soggetti che si prevede compiano atti dispositivi delle proprie posizioni beneficiarie; per esempio, trust per investimenti compiuti in comune o per attuare un

Nota:

(4) Firenze, 15 gennaio 2005.

Prassi negoziale

patto di sindacato: in entrambi i casi i beneficiari del trust (che sono, rispettivamente, gli investitori e i soci le cui azioni sono state trasferite al trustee per l'attuazione del patto) possono liberamente disporre non della quota di investimento né della partecipazione, dato che esse sono vincolate nel trust e dunque intestate al trustee, ma dei propri diritti beneficiari. L'effetto è che, al termine del trust, la quota di investimento (o il suo controvalore) e le azioni originariamente trasferite al trustee saranno consegnate dal trustee non al beneficiario originario, ma a chi gli sia subentrato nella posizione; naturalmente il subentro può essere parziale

Si esamini il seguente articolo:

esempio n. 28. Registro dei Beneficiari

- A. Il Trustee tiene un registro rubricato cronologicamente per Conferimento e alfabeticamente per Beneficiario.
- B. Nel registro è indicato per ciascun Conferimento:
1. il numero d'ordine;
 2. il suo oggetto;
 3. da chi, quando e in quale modo è stato eseguito;
 4. chi ne sono i Beneficiari vuoi per designazione originaria vuoi per effetto di successivi atti di nomina o di revoca, dei quali sono indicati la data e il contenuto.
- C. Le medesime indicazioni sono riportate nella rubrica alfabetica dei Beneficiari.
- D. Il Trustee è tenuto a rilasciare a qualsiasi Beneficiario e a chi non sia più Beneficiario una attestazione dei diritti che gli competono su un particolare Conferimento o su tutti i Conferimenti dei quali egli sia o sia stato Beneficiario nonché una attestazione degli atti di disposizione da lui compiuti [contro il versamento di un rimborso spese di € <somma>].

Quello che questo articolo presuppone è il meccanismo di nomina e revoca dei beneficiari da parte dei primi beneficiari o di chi sia successivamente divenuto beneficiario; per questo fine si possono usare clausole già esaminate⁽⁵⁾, mentre per il regime delle attestazioni, che possono dare luogo a "certificati di beneficio", occorrono disposizioni particolari.

§ 7. Riservatezza.

La più recente evoluzione giurisprudenziale nel Commonwealth tende non solo a non ridurre gli spazi di riservatezza nei confronti dei beneficiari, ma anche a fare venire meno la distinzione fra beneficiari *vested*, beneficiari *contingent* e persone che possono essere avvantaggiate dall'esercizio di un potere del trustee: tre categorie di soggetti le cui posizioni assai

differenziate rispetto al trust si stanno avvicinando per quanto riguarda l'accesso alla documentazione.

Mi sembra che non sia allora necessario distinguere fra i terzi in genere e i beneficiari e che convenga dettare una generale disposizione di riservatezza (alcune leggi individuano uno specifico reato nella divulgazione non autorizzata di informazioni da parte del trustee⁽⁶⁾), che preveda le opportune eccezioni e comunque faccia salvi i diritti inderogabili dei beneficiari, come si evolveranno legislativamente e giurisprudenzialmente:

esempio n. 29. Riservatezza

- A. Tutti i documenti e le informazioni relative al Trust sono riservati.
- B. Il Trustee non comunica ad alcuno alcun documento o informazione riguardante o relativa al Trust, a meno che
1. lo consenta una disposizione di questo Strumento
 2. oppure vi sia un ordine di giustizia
 3. oppure il Trustee lo consideri necessario affinché egli
 - a. eserciti alcun potere
 - b. adempia alcuna obbligazione
 - c. si difenda in un procedimento giudiziario
 - d. ottenga un parere professionale
 4. [ovvero il Trustee ritenga che sia nell'interesse di alcun Beneficiario].

Questo articolo cerca di bilanciare la riservatezza, enunciata nel comma A. e attuata nel divieto generale con il quale si inizia il comma B., con le esigenze funzionali della vita del trust. La specifica elencazione delle circostanze che consentono al trustee di rendere noti documenti e informazioni riguardanti il trust è chiaramente tassativa ed è ristretta a quanto giudicato dal trustee "necessario" (sottocomma 3: l'effetto sarebbe stato meno limitativo se si richiamasse l'opportunità). Il sottocomma 4, opzionale, amplia notevolmente il potere del trustee e nel complesso non credo che l'elencazione sia eccessivamente limitativa perché copre ogni aspetto della vita del trust.

Guardando specificamente alla posizione dei beneficiari, l'ultimo punto della elencazione è stata contrassegnata come opzionale perché essa non è altro che il

Note:

(5) [In altre parti del libro, qui non riprodotte.]

(6) Per esempio, Malta (section 29 del Trusts Act), con l'interessante caratteristica che il giudice può condannare il trustee a una multa da versare nel trust; la segretezza è disposta, fra gli altri, anche da Madeira, D.L. 352-A/88, modif. dal D.L. 264/90, art. 11, limitatamente ai nomi del disponente e dei beneficiari.

rovescio (cioè, visti dalla parte del trustee) dei diritti di informazione dei beneficiari, senza i quali gli interessi di un beneficiario non possono essere tutelati. Il testo opzionale deve essere cassato se si vogliono attribuire ai beneficiari soltanto quei diritti che la legge regolatrice del trust riconosca loro indefettibilmente.

Specialmente se l'ultimo punto opzionale non sia incluso (ma, a mio parere, comunque) viene acconcio il seguente comma conclusivo dell'articolo:

C. Né quanto precede né alcuna altra disposizione di questo Strumento limitano il diritto di informazione che la legge regolatrice del Trust riconosca inderogabilmente ai Beneficiari.

Questa precisazione evita possibili contrasti e fa comunque salva la validità dell'articolo in esame.

Fino a questo momento abbiamo privilegiato la riservatezza e il testo in esame non attribuisce alcun diritto certo ai beneficiari anche qualora se ne includa l'ultimo punto opzionale; in molti trust non è questo l'obiettivo, anzi si vogliono riconoscere precisi diritti ai beneficiari nei confronti del trustee: il luogo nel quale operare non sarebbe però questo articolo, ma quello sul rendiconto: è questa la ragione del rinvio generico nel comma B.1. Le disposizioni sul rendiconto sono la sede dei diritti di informazione, che allora possono essere graduati fra i beneficiari, l'eventuale comitato dei beneficiari, il guardiano e lo stesso disponente: si recupera così l'impostazione tradizionale del trust, che vede l'obbligazione di rendiconto quale struttura portante della figura del trustee.

esempio n. 30. Confidentiality

A. All documents and information concerning the Trust are confidential.

B. The Trustees shall not disclose to any person any document or information related to or connected with to the Trust unless

1. the disclosure is allowed by this Instrument, or
2. a court so orders, or
3. the Trustees consider such disclosure to be required for them to

- a. exercise any of their powers, or
- b. perform any of their duties, or
- c. defend a legal proceeding, or
- d. request a professional opinion[, or

4. the Trustees consider such disclosure to be in the interest of any Beneficiary].

C. Neither this article nor any other provision of this Instrument restrict any right to information of the Beneficiaries deriving from the law governing the Trust that cannot be derogated from by a voluntary act.

§ 8. La forma degli atti.

Ho illustrato al principio le ragioni per le quali conviene non precisare ciascuna volta quale forma debba rivestire un atto e invece dettare una regola generale, diversamente disponendo solo nei casi per i quali si desidera venga impiegata una forma diversa. Rimangono ovviamente salvi i requisiti formali prescritti dalla legge applicabile ai singoli atti e si incontra allora un ostacolo, costituito dal fatto che non raramente le leggi straniere sui trust richiedono che certi atti debbano rivestire la forma del "deed"; ho ritenuto di superare l'ostacolo disponendo che in luogo del "deed" si faccia ricorso all'atto munito di autentica notarile. Sono convinto che questa soluzione sia corretta, dato che oggi il "deed", caduta la garanzia di autenticità del sigillo, affida la certezza alla sottoscrizione di due testimoni: mi sembra che l'intervento del notaio offra garanzie maggiori rispetto ai due testimoni e che quindi nulla osti a usare un atto con autentica notarile in luogo del "deed".

esempio n. 31. Forma degli atti

A. Ogni comunicazione, nomina e consenso per i quali né la legge applicabile né questo Strumento prescrivano alcuna forma sono fatti per iscritto e accompagnato dalla prova della sua ricezione.

B. I riferimenti che la legge applicabile a un atto del Trustee faccia alla forma del "deed" sono sostituiti da riferimenti ad atti muniti di autentica notarile.

esempio n. 32. Written form

A. All communications, nominations and consents must be in writing and proof of receipt must be extant unless a different mode of execution is required by the applicable law or this Instrument.

B. Any reference to deeds made by the law applicable to an act of the Trustees is substituted by a reference to notorially legalised documents.

Nel comma B. ho preferito "legge applicabile" a "legge regolatrice del Trust"; il più delle volte sarà la stessa cosa, ma non necessariamente; infatti, la legge dell'amministrazione del trust può essere diversa dalla legge regolatrice del trust.

Prassi negoziale

Risposta a interpello: rideterminazione da parte dei beneficiari del costo delle partecipazioni vincolate in trust “nudi”

Agenzia delle Entrate
Direzione Regionale della Liguria
Ufficio Fiscalità

Genova, 13 settembre 2004

Prot. n. 903 – 14743/2004

A Studio Rovida
Piazza Corvetto, 1/7
16122 Genova GE

Oggetto: Interpello n. 903 – 14743/2004 – ART.
11, legge 27-7-2000, n. 212.

...

Codice Fiscale ...
Fax n. 010 874399 e-mail SEGRETE-
RIA@STUDIOROVIDA.IT
Istanza presentata il 26 aprile 2004 n.
prot. n. 903 – 14743/2004
Documentazione integrativa presentata
il 23/07/2004

Con l'interpello specificato in oggetto, concer-
nente l'esatta applicazione dell'art. 39, comma 14 L.
326, del 2003, è stato esposto il seguente

QUESITO

Gli istanti sono i Trustee ed i beneficiari del Trust ..., istituito con il fine di assicurare stabilità e continuità della gestione ed amministrazione, in alternativa a dei patti di sindacato, alla ... S.p.A. con sede in Milano, sottoponendovi, sul totale di n. 8.200.000, n. 5.902.964 azioni già in piena proprietà degli attuali Beneficiari, azioni che come allora sono intestate a titolo fiduciario alla stessa società fiduciaria ... S.p.A., ..., ora ..., con sede in Milano. Successivamente i Beneficiari della Classe ... hanno posto termine al vincolo in trust delle loro azioni perciò

sono vincolate e sottoposte al Trust n. 4.637.972 azioni sul totale di 8.200.000. Il Trust ... è di natura interna ed è un “trust nudo”, in quanto il trustee non deve svolgere attività diversa dal mantenimento dell'intestazione del bene o dallo svolgimento di compiti meramente amministrativi, derivanti dalla detenzione di un pacchetto azionario della società ... S.p.A.

È un “Trust con beneficiari fissi”, poiché il trustee non ha nessuna discrezionalità in merito alla scelta dei beneficiari, alla quota a ciascuno spettante, alla distribuzione del reddito maturato il quale compete esclusivamente e direttamente agli stessi beneficiari. Il Trust ... ha lo scopo di disciplinare con garanzie reali patti di sindacato di voto, rispettivamente tra le tre classi di azionisti individuate per capostirpe e all'interno di ciascuna classe. Con nota del 22/7/2004, i Trustees del Trust ... hanno meglio precisato lo scopo del Trust, che è quello di garantire stabilità alla conduzione della società familiare, evitando il prevalere di singole posizioni in conflitto, garanzia che non è assicurata da istituti giuridici italiani, in relazione alla specifica situazione familiare-proprietaria. Per ogni Classe di beneficiari è previsto un suo Trustee, con facoltà di porre termine anticipatamente al Trust che può essere rimosso in ogni momento.

Secondo l'atto di Trust, i beneficiari hanno i seguenti poteri e diritti esclusivi:

- porre termine anticipatamente al Trust per la Classe di Beneficiari di appartenenza;
- nominare e revocare il proprio Trustee;
- vedersi corrisposto il reddito spettante in base al Trust man mano che esso maturi;
- vedersi attribuiti i Beni in Trust secondo la quota a ciascuno spettante in caso di scioglimento.

A sua volta il Trustee ha una serie di obblighi:

- esercitare i diritti derivanti dalle partecipazioni societarie comprese fra i Beni in Trust al fine di assicurare una gestione coerente con le finalità del Trust;
- osservare espressamente la volontà di una Classe di Beneficiari che è libera di esprimerla come crede e senza aggravio di formalità, purché: 1] sia assicu-

rata la partecipazione di ciascun appartenente alla classe; 2] l'espressione della volontà della Classe risulti per iscritto.

Il Trustee non ha alcun potere di disposizione sui beni vincolati in Trust, potere che potrà essere esercitato da ciascun Beneficiario una volta posto termine al vincolo in Trust. In stretta sintesi, da quanto sopra riportato i tre Trustees che compongono il Collegio dei Trustees rappresentano ognuno una classe di Beneficiari ai quali occorre fare singolarmente riferimento per verificare che quota ad ognuno aspetti. L'art. 39, comma 14 undecies della L. 24/11/2003 n. 326, ha previsto la proroga dell'art. 2, Il comma del DL 282/2002 cioè la possibilità per i soggetti titolari di partecipazioni non negoziate in mercati regolamentati di poter rideterminare i valori d'acquisto delle partecipazioni possedute alla data del 1° gennaio 2003, sulla base del valore determinato da una perizia giurata di stima e con il versamento di un'imposta sostitutiva del 2% ovvero del 4% sul valore della quota ed a seconda che la partecipazione sia qualificata ai sensi dell'art. 81 comma 1 lettera c) del TUIR, ora art. 67 nuovo TUIR.

SOLUZIONE INTERPRETATIVA PROSPETTATA DAL CONTRIBUENTE

Gli istanti, poiché nella fattispecie si tratta di un Trust interno, non discrezionale, nel quale i beneficiari sono precisamente individuati e immutabili ed il reddito prodotto dalle azioni ad esso sottoposto è direttamente goduto dai beneficiari ai quali deve essere trasferito man mano che matura, ritengono che le norme di cui all'art. 39, comma 14 undecies della legge 24/11/2003, n. 326, riguardanti la possibilità di adeguamento del valore di carico delle azioni, devono essere applicate ai beneficiari del Trust

Tale conclusione è avvalorata, secondo loro, dalla considerazione per la quale nel caso di cessione del pacchetto azionario pertinente ai Beneficiari, poiché le azioni a loro spettanti devono essere preventivamente assegnate e successivamente trasferite, le eventuali plusvalenze si realizzano nei confronti del singolo beneficiario con le relative conseguenze fiscali.

Pertanto saranno i Beneficiari del Trust ... a dare l'incarico ad un professionista per la perizia asseverata entro il 30/9/2004, a determinare e versare l'imposta sostitutiva del 2% ed a compilare l'apposito quadro nella dichiarazione dei redditi Mod. Unico.

PARERE DELL'AGENZIA DELLE ENTRATE

Il Trust ..., oggetto dell'istanza, è un Trust nudo e interno. Trust nudo, in quanto di fronte al Trustee non sono previsti successivi beneficiari e in quanto il Trustee ha compiti di gestione e di amministrazione dei beni. I Beneficiari sono preindividuati in Classi [art. 3 dell'atto istitutivo] e il Trustee può procedere alla modifica dei Beneficiari solo su richiesta del Beneficiario e in base alle indicazioni dello stesso [art. 17 dell'atto istitutivo]. Il Trustee "non potrà svolgere alcuna attività commerciale o speculativa né cedere le partecipazioni nella ... S.p.A., sottoposte al Trust" [art. 21 dell'atto istitutivo]. Il Trustee "ha l'obbligo di esercitare i diritti connessi alle partecipazioni societarie incluse fra i Beni in Trust al fine di assicurare una gestione coerente con le finalità del Trust" [art. 22 dell'atto istitutivo].

Trust interno, in quanto gli elementi costitutivi [disponenti, trustees, beneficiari e beni in trust] sono nazionali.

Il Trust ... è regalato dalla legge inglese [art. 5 dell'atto istitutivo].

L'Agenzia delle Entrate ha avuto occasione di pronunciarsi sulla ammissibilità dei trust interni, in linea con la giurisprudenza civile, tributaria e la dottrina.

In sostanza l'Agenzia delle Entrate ha fissato i seguenti punti:

- a seguito della ratifica della Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985 possono essere riconosciuti effetti giuridici in Italia al trust istituito secondo la legge di uno Stato che lo preveda nel proprio ordinamento quale istituto giuridico tipico;
- l'art. 11 della Convenzione non prevede in via generale l'obbligo di riconoscimento dei trust istituiti secondo tali leggi;
- l'art. 13 della Convenzione non prevede un divieto di riconoscimento dei trust interni, perché la scelta della legge regolatrice del Trust è rimessa alla più ampia autonomia delle parti;
- il riconoscimento di uno specifico trust interno deve, quindi, essere effettuato o negato non in astratto, ma caso per caso, tenuto conto del limite del rispetto delle norme imperative e dei principi inderogabili dell'ordinamento giuridico.

Sotto l'aspetto dell'esistenza del trust, l'Agenzia delle Entrate ritiene essenziale per la sua sussistenza il requisito "dell'effettivo potere-dovere del Trustee di amministrare e disporre dei beni, a lui effettivamente affidati dal disponente".

Prassi negoziale

Il Trust ... si colloca perfettamente nella struttura giuridica del Trust interno e al Trustee sono definiti e affidati effettivi compiti amministrativi, senza la presenza di poteri devianti nei suoi confronti da parte dei disponenti.

Il Trust ... trova la sua meritevolezza nel garantire durevolmente [il Trust è irrevocabile e ha la durata di 80 anni, artt. 1 e 6 dell'atto istitutivo] stabilità e unitarietà nella conduzione della società familiare "...", evitando il prevalere di singole posizioni di conflitto e garantendo, contemporaneamente, una gestione autonoma dei diritti azionari dei proprietari-beneficiari.

Tali garanzie non sono ritrovabili negli istituti giuridici italiani, in particolare nei patti di sindacato.

Verificata la legittimità e l'esistenza del Trust ..., rimane da esaminare la questione della sua soggettività passiva.

Il Trust ... non può costituire autonomo centro di imputazione fiscale, in relazione all'art. 73 del nuovo Tuir, in quanto non esprime autonoma capacità contributiva o accrescimento reddituale, poiché il reddito del Trust va goduto direttamente dai Beneficiari e deve essere corrisposto dal Trustee ai Beneficiari man mano che esso maturi e comunque entro 30 giorni dalla presentazione del rendiconto annuale [art. 37 dell'atto istitutivo].

L'accrescimento reddituale, come appena detto sopra, si realizza a favore dei Beneficiari man mano che il reddito matura o comunque entro 30 giorni

dalla presentazione del rendiconto annuale, per cui sono i Beneficiari che acquisiscono la soggettività passiva.

Pertanto si ritiene di convenire con le conclusioni e i comportamenti conseguenti degli interpellanti che portano a considerare applicabili nei confronti dei Beneficiari le norme di cui all'art. 39, comma 14 undecies della legge 24/11/2003 n. 326, riguardanti la possibilità di rideterminare il valore di acquisto delle azioni sulla base della frazione del patrimonio netto della società, rappresentativa della partecipazione, risultante da apposita perizia giurata di stima, assolvendo l'imposta sostitutiva del 4% o del 2% del predetto valore a seconda che si tratti o meno di partecipazione qualificata.

A tale pensiero porta anche la considerazione che le eventuali plusvalenze derivanti dalla cessione di partecipazioni, si realizzano a favore dei Beneficiari con i relativi obblighi d'imposta, ai quali le azioni devono essere preventivamente assegnate e trasferite.

In relazione all'aliquota dell'imposta sostitutiva [4% se partecipazione qualificata, 2% se partecipazione non qualificata], si ritiene opportuno segnalare i chiarimenti forniti, in caso di presenza di eventuali donazioni, dall'Agenzia delle Entrate con la Cir. n. 35/E del 4.8.04, parag. 3.

IL DIRETTORE REGIONALE
(Antonio Viola)

Trust socio unico di s.r.l.

PROT. N. / /2005

CAMERA DI COMMERCIO INDUSTRIA ARTIGIANATO AGRICOLTURA DI AREZZO
 - UFFICIO REGISTRO DELLE IMPRESE -

VISURA SENZA VALORE DI CERTIFICAZIONE DELL'ASSETTO DELLA COMPAGINE SOCIALE
 DELL'IMPRESA SOTTO INDICATA

DATI IDENTIFICATIVI DELL'IMPRESA

Codice fiscale e numero d'iscrizione:
 del Registro delle Imprese di AREZZO
 data di iscrizione: / /2004

Iscritta nella sezione ORDINARIA il / /2004

Iscritta con il numero Repertorio Economico Amministrativo

Denominazione: S.R.L. UNIPERSONALE

Forma giuridica: SOCIETA' A RESPONSABILITA' LIMITATA CON UNICO SOCIO

INFORMAZIONI PATRIMONIALI E FINANZIARIE

Capitale Sociale in EURO:
 deliberato 10.000,00
 sottoscritto 10.000,00
 versato 10.000,00
 conferimenti in DENARO

ELENCO DEI SOCI E DEGLI ALTRI TITOLARI DI DIRITTI SU AZIONI O QUOTE SOCIALI AL / /2004 PROTOCOLLO AR/2004/ del / /2004

Capitale sociale dichiarato sul modello con cui è stato depositato l'elenco dei
 soci: 10.000,00 (valuta: EURO)

Quota di nominali: 10.000,00 (valuta: EURO)

- TRUST

C.F.

tipo di diritto: PROPRIETA'

Trust e negozio di destinazione allo scopo

di Tommaso Arrigo

1. Ai lettori di questa Rivista ed in generale ai cultori della materia, il libro di Roberta Montinaro(1), con il suo inquadramento del trust nella figura della legittimazione gestoria e dispositiva senza trasferimento del diritto dal soggetto titolare al fiduciario, può apparire il frutto di un totale stravolgimento dell'istituto, conseguente ad un approccio dogmaticamente orientato ed empiricamente infondato, con riguardo all'esperienza storica del trust del c. d. modello tradizionale inglese e della realtà attuale della prassi dei c. d. trust interni.

Invece no. Il libro che si recensisce è un libro di spessore scientifico e di rigore metodologico, nel quale l'A., individuato il proprio metodo di ricerca, sviluppa la propria tesi scientifica con ricchezza di riferimenti bibliografici e proprietà di linguaggio, con un esito che risulta di piacevole lettura per il suo stile fluente e ragionato.

La tesi scientifica si può sintetizzare nei termini seguenti (riprendendo le parole ed i corsivi utilizzati dalla stessa A. ed indicando tra parentesi le pagine di riferimento nel libro):

“il *trust* è ascrivibile al fenomeno della interposizione gestoria” (p. 1, nota 1 e p. 105, nota 51), “attraverso il quale è possibile destinare un complesso patrimoniale ad una finalità specifica, individuata dalla volontà del destinante (*settlor*)” (p. 97); “la costituzione del trust non determina alcuna attribuzione patrimoniale in favore del *trustee*” (p. 99 s.), “in tanto il costituente conferisce al *trustee* un potere di amministrazione e di gestione in ordine ai suddetti beni, assumendo, al tempo stesso, i costi e i rischi che tale conferimento comporta, in quanto reputa l'esercizio di tali poteri necessario e strumentale al fine di assicurare ai beneficiari determinati vantaggi ed utilità” (p. 101); “il *trust* si attegga ad atto di autonomia privata (non solamente nominato, ma anche) tipico, in quanto fornito di una *disciplina particolare* (secondo l'espressione utilizzata dal nostro legislatore agli artt. 1322, comma 2, e 1323 cod. civ.), che, anziché essere rinvenuta nell'ordinamento interno, è contenuta in una *legge straniera*: quest'ultima, infatti, regola sia gli effetti giuridici che il trust produce tra *settlor* e *trustee*, sia le conseguenze che ne derivano

nei riguardi del terzo beneficiario” (p. 288 s.); “la qualificazione della posizione giuridica del *trustee* si risolve nella trasposizione del concetto di *legal title* (o *proprietà formale*) in una categoria – dotata di un rigoroso significato tecnico – nota al diritto interno” (p. 293), “l'espressione “titolarità *nominale*”, riferita al *trustee*, indica dunque il fenomeno [...] per il quale un soggetto non titolare compie atti giuridici *in nome proprio*, con effetti che si producono nell'altrui patrimonio” (p. 289); “i rapporti giuridici ad oggetto del *trust* non escono dal patrimonio del *settlor*” e vi è “l'assenza nel *settlor* del *potere di impartire istruzioni vincolanti e l'esclusione della capacità dispositiva* di questi in ordine ai rapporti giuridici affidati al *trustee*” (p. 300 s.); “l'incompatibilità dell'effetto di separazione con il diritto interno deve senz'altro escludersi nel caso di un *trust straniero*” (p. 365), in quanto “il *trust straniero* rientra tra le ipotesi in cui – seppure non direttamente, ma attraverso lo strumento del rinvio ad altro ordinamento – la legge sostituisce alla universalità della responsabilità patrimoniale un diverso regime giuridico” (p. 366); al contrario, “tra le due questioni (ammissibilità del *trust interno* ed ammissibilità del *negozio di destinazione allo scopo*) vi è un rapporto di assoluta coincidenza”, in quanto l'espressione “*trust interno*” determina quell'atto negoziale di destinazione allo scopo, sottoposto ad una legge straniera in virtù della volontà espressa dal destinante (p. 375), con la conclusione che “*de iure condito*, alla destinazione di determinati beni alla realizzazione di un fine non tipizzato dal legislatore non può corrispondere la costituzione di alcun vincolo reale, e ciò nemmeno nel caso in cui il destinante dichiara applicabile un ordinamento straniero, che conosce e regola l'istituto del *trust*” (p. 385).

2. La tesi scientifica sopra sinteticamente (e ne-

Note:

Tommaso Arrigo è ricercatore confermato di diritto privato e professore supplente di diritto dei contratti internazionali dell'Università di Urbino.

(1) R. Montinaro, *Trust e negozio di destinazione allo scopo*, Milano, Giuffrè, 2004 (388 pagine; Euro 29,00).

cessariamente semplicisticamente) riportata deriva da un approccio metodologico che l'A. espone chiaramente nella parte iniziale del libro.

Dopo aver premesso che per lungo tempo l'intera dottrina civilistica ha dedicato alla figura del trust un interesse marginale e che successivamente all'entrata in vigore della Convenzione de L'Aja l'atteggiamento degli interpreti è radicalmente mutato, potendosi individuare due diversi approcci, uno comportante la conclusione della radicale incompatibilità degli effetti caratteristici di esso con alcuni principî inderogabili del nostro ordinamento, l'altro comportante la conclusione dell'integrale "recepimento dell'istituto", l'A. prende le distanze da entrambe le posizioni dottrinali "poiché, al fine di fornire adeguata risposta alle questioni giuridiche che il *trust* suscita, è indispensabile ricondurre l'istituto alle categorie note agli studiosi del diritto interno, evitando sia gli atteggiamenti di ingiustificata chiusura, sia le opposte tendenze, volte ad indagare i nuovi fenomeni senza il necessario rigore terminologico e concettuale" (p. 9).

Per quanto riguarda il metodo, l'A. sottolinea "la diversità di prospettiva, che caratterizza le indagini compiute sotto il profilo comparativo rispetto alle riflessioni che vedono coinvolto lo studioso del diritto interno: quest'ultimo, al contrario del giurista il cui compito consiste nell'individuare differenze e similitudini tra istituti propri di distinti ordinamenti giuridici, non è chiamato tanto a stabilire quali caratteri presenti l'istituto del trust nei differenti sistemi nei quali riceve una disciplina particolare, quanto piuttosto a determinare gli effetti che tale negozio è in grado di produrre nell'ordinamento nazionale" (p. 10 s.). In quest'ottica, secondo l'A. "occorre procedere ad un ripensamento della figura alla luce delle regole e delle categorie concettuali proprie del diritto nazionale, seguendo un procedimento logico cui l'interprete è tenuto in virtù della stessa legge n. 364/1989, di ratifica della Convenzione dell'Aja" (p. 11).

Per quanto riguarda l'oggetto dell'indagine, l'A. afferma che l'analisi viene rivolta solo a trust di "natura negoziale", ovvero "quelle dichiarazioni di volontà con cui un soggetto (denominato *settlor* o costituente) pone determinati beni sotto il controllo di un trustee (o fiduciario), nell'interesse di un terzo beneficiario o per il perseguimento di un fine specifico" (p. 13), come previsto negli artt. 2 e 3 della Convenzione de L'Aja.

L'esclusione dei trust non volontari o non nego-

ziali dall'indagine dell'A. può essere non presa in considerazione nell'economia della presente recensione, mentre occorre da subito sottolineare all'attenzione del lettore quale sia l'impostazione metodologica adottata: l'A. inquadra dogmaticamente la figura del trust con l'impiego di categorie concettuali scelte nell'ambito di quelle offerte dal panorama di diritto interno, attraverso una valutazione di opportunità e senza alcun riferimento alla varietà di effetti che la figura produce nei diversi ordinamenti di riferimento.

In altre parole, "il ripensamento della figura alla luce delle regole e delle categorie concettuali proprie del diritto nazionale", produce una lettura dei suoi tratti caratteristici dissociata dagli effetti tipicamente prodotti negli ordinamenti stranieri di provenienza. In tal modo, all'A. è possibile "ripensare" alla figura del trust senza considerare un effetto tipico che si verifica nella assoluta maggioranza degli ordinamenti che conoscono tale istituto, ovvero il trasferimento del diritto dal disponente al trustee, con conseguente perdita per il primo (per dirla con le nostre categorie concettuali) di ogni posizione dominicale o comunque di titolarità delle stesse.

La non considerazione dell'aspetto tipico del trasferimento del diritto oggetto del trust al trustee, è compiuta dall'A. nonostante il riferimento esplicito al "trust anglosassone" e, quindi, non sorge il dubbio nel lettore che ciò derivi dalla considerazione della possibilità di impiegare figure diverse dal trust del modello inglese ai sensi dell'art. 2 della Convenzione de L'Aja (ovvero, nel senso che l'art. 2 della Convenzione de L'Aja, impiegando il termine tecnico di "controllo", apra il proprio ambito di applicazione anche a figure diverse del "trust anglosassone"). Questo profilo risulta centrale nella valutazione critica complessiva del libro e sarà ripreso nella parte finale della presente recensione.

Tuttavia si può rivelare da subito come l'A., procedendo con un metodo motivato dalle necessità di differenziare le diversità tra l'approccio del comparatista e quello del civilista (come dichiara a p. 9 nota 5), compia la stessa operazione di "lettura" dell'istituto con le categorie interne compiuta dalla dottrina civilistica risalente alla prima metà del secolo scorso (per tutti, Franceschelli) pervenendo con argomentazioni differenti e per certi versi opposte ai medesimi risultati.

Infatti, mentre la dottrina tradizionale inquadra l'istituto nella interposizione reale concludendo

Lettere

per l'incompatibilità dello stesso con il principio del numero chiuso dei diritti reali, l'A. inquadra l'istituto nella interposizione gestoria senza trasferimento del diritto concludendo per l'incompatibilità al nostro diritto in ragione dell'impossibilità per l'autonomia privata di introdurre vincoli di destinazione con effetti *erga omnes*. Il risultato raggiunto attraverso l'interpretazione siffatta rende ancora meno giustificabile una lettura degli effetti della figura non corrispondente a quella di riferimento, essendo pacifico nel diritto inglese che il trust dal punto di vista storico è nato nella giurisprudenza dell'*Equity* proprio per temperare l'acquisto pieno della posizione soggettiva compiuto dal trustee sulla base della *common law*.

Un metodo aderente alle peculiarità della figura in questione, invece, avrebbe potuto considerare gli effetti tipici del trust nell'ordinamento di riferimento e quindi valutare la possibilità di realizzare i medesimi effetti nell'ordinamento italiano attraverso l'applicazione di una regola ("operazionale", per una certa dottrina comparatistica) individuata attraverso l'impiego delle interne categorie concettuali e delle relative norme applicabili.

3. Il libro è strutturato in tre parti, suddivise in capitoli. Nella parte prima, viene indicato il metodo dell'indagine, la nozione del trust, alcune questioni di diritto internazionale privato conseguenti alla legge di ratifica della Convenzione de L'Aja e la questione dei trust interni. Nella parte seconda, l'A. si sofferma sulla posizione giuridica del beneficiario per escluderne la natura reale, sulla proprietà fiduciaria per escluderne la rilevanza esterna e negare l'importanza della questione della sua esistenza nelle figure tipiche del mandato senza rappresentanza e della gestione finanziaria ad opera di società fiduciarie, in considerazione della presenza di una disciplina specifica ed infine sulla teoria della legittimazione all'esercizio di un diritto altrui, la quale rappresenta il fulcro del libro e nella quale viene esposta compiutamente la tesi dell'equiparazione del trust ai negozi di destinazione allo scopo e della loro ammissibilità in quanto derivanti da fattispecie tipizzate dal legislatore. Nella parte terza, alla luce dell'inquadramento dogmatico della figura del trust compiuto nella parte precedente, l'A. considera gli effetti giuridici dello stesso nei riguardi dei soggetti coinvolti e dei terzi aventi causa del trustee, affrontando quindi anche il problema della tutela del beneficiario del trust; nel-

l'ultimo capitolo, l'A. tratta dei rapporti tra gli effetti del trust e la disciplina della responsabilità patrimoniale del debitore e si sofferma sulla figura interna, di recente introduzione, del patrimonio destinato delle società per azioni, sulla funzione assolta dall'art. 11 della Convenzione de L'Aja e sulla differente efficacia nell'ordinamento italiano dei "trust stranieri" e dei "trust interni", per concludere, in merito all'autonomia privata nei negozi di destinazione allo scopo alla luce del diritto positivo interno, nel senso dell'esistenza di figure tipiche introdotte dal legislatore suscettibili di stretta interpretazione e senza possibilità di configurarle come espressioni di un più ampio principio di libertà per l'autonomia privata di realizzare negozi di destinazione allo scopo individuato dal destinante ovvero trust interni, in quanto entrambi creerebbero un *vincolo di indisponibilità* ed un *vincolo di inespropriabilità* di carattere reale in assenza di un'espressa previsione normativa (p. 379).

Consideriamo brevemente i passaggi rilevanti del ragionamento svolto dall'A.

L'A., nel capitolo dedicato alla "nozione di trust" espone quale sia la propria definizione della figura affermando che "a seguito della istituzione di trust, il costituente "separa" dal proprio patrimonio uno o più rapporti giuridici di varia natura, conferendoli in amministrazione al fiduciario e, a partire da tale momento, rinunciando ad ogni potere di gestione, nonché di indirizzo dell'operato di quest'ultimo" (p. 17), "sempre nell'atto costitutivo, il *settlor* programma, di regola, l'attribuzione ai *beneficiaries*, od a taluni di essi, delle *res* che formano oggetto del trust, attribuzione che avrà luogo una volta decorso il termine stabilito o, comunque, al momento della cessazione del trust dipendente da altra causa" (p. 18 s.), "il *trust fund* ha un carattere unitario sotto un profilo puramente economico, per cui il *trustee* è, di regola, autorizzato a compiere atti di disposizione dei singoli diritti che lo compongono e di conseguenza la composizione della massa dei beni è destinata a mutare nel corso della vita del trust per il fenomeno della c. d. surrogazione reale; nel riportare la classificazione del trust compiuta dalla dottrina (*family settlement trusts*, *trusts for charity*, *honorary trusts*, *trusts for business*, *trusts for security purposes*), individua infine i due elementi essenziali "destinazione di un patrimonio alla realizzazione dell'altrui interesse (od al perseguimento di un dato scopo) e rilevanza assoluta delle attività di amministrazione posta in essere dal gestore", che è nella considerazione del soggetto costituente strumento indi-

spensabile per la realizzazione del suddetto interesse (p. 23). L'A. critica quindi le nozioni di trust elaborate dalla dottrina, sia quella incentrata sulla figura del trustee per l'acquisto di una proprietà fiduciaria o *legal ownership*, sia quella incentrata sulla figura del *beneficiary* e in particolare contesta la teoria c. d. dello "sdoppiamento del dominio" elaborata da Franceschelli e la teoria che contrappone la titolarità formale del trustee e quella sostanziale del beneficiario ricavabile dagli autori stranieri (Fratcher, Maitland, Underhill, Pettit, Scott, Posner), in quanto tutte viziate dall'elemento comune della successione del trustee al disponente nella titolarità dei diritti (pp. 24-27) e nella configurazione di una proprietà fiduciaria contrapposta ad una proprietà beneficiaria o comunque di una posizione del beneficiario con caratteri di realtà.

Viene criticata, altresì, la qualificazione del trust come autonomo ente giuridico proposta con diverse argomentazioni da certa dottrina straniera e italiana (Lepaulle, A. De Donato – V. De Donato – M. D'Erri) nonché, più in generale, la teoria dei patrimoni senza soggetto e della persona giuridica implicita elaborata dalla dottrina italiana sulla scorta di quella tedesca.

L'A. passa quindi a considerare la nozione di trust contenuta nella Convenzione de L'Aja e i rapporti tra questa e il diritto interno. Con riguardo alla prima, afferma che l'art. 2 presenta una definizione alquanto atecnica, con riguardo ai secondi afferma che in base alla disciplina di diritto internazionale privato introdotta dalla legge di ratifica della Convenzione "l'ordinamento giuridico italiano può venire in questione, in relazione ad un trust soggetto ad una legge straniera, sotto forma di *principi di ordine pubblico* e di *norme inderogabili*, ove richiamati dalle ordinarie regole di conflitto del foro, nonché, in ogni ipotesi, sotto la forma di *norme cc. dd. di applicazione necessaria*. Le norme inderogabili, inoltre, sono destinate a *regolare, in via esclusiva, la posizione giuridica dei terzi*, siano essi gli aventi causa ovvero i creditori personali del trustee, del costituente o del beneficiario del trust" (p. 53 s.); in proposito, nega espressamente che l'art. 11 possa derogare alle norme imperative interne (p. 57). Si sofferma poi sulla questione dei c. d. trust interni, distinguendoli dai trust di diritto interno, alcuni peraltro introdotti in Italia dalla legislazione speciale, rivelando come non vengano esclusi dalla Convenzione in linea di principio in quanto la stessa prevede all'art. 6 la libertà di scelta della legge

regolatrice e all'art. 13 una mera facoltà per il giudice di non riconoscimento, ma come non possano sottrarsi all'osservanza delle norme imperative e dell'ordine pubblico della legge italiana, che regola, in particolare, la materia dei diritti reali e della protezione dei terzi creditori ed acquirenti. Inoltre, dalla necessaria applicazione delle norme interne agli effetti del trust da prodursi in Italia, consegue per l'A. la già accennata "traduzione" dell'istituto in concetti e categorie note al diritto interno con conseguente analisi di quest'ultime nella seconda parte del libro.

Nella parte seconda del libro, appunto, l'A. mette a confronto, pur segnalando il disagio dell'interprete, quelle che ritiene siano le due diverse categorie che vengono in rilievo per "tradurre" il concetto di "legal title" spettante al trustee, ovvero la nozione di proprietà acquistata *fiduciae causa* da una parte e il concetto di legittimazione dispositiva senza trasferimento del diritto dall'altra, fornendo gli argomenti per escludere la configurabilità della prima ed ammettere invece la seconda, in una interessante dissertazione di circa duecento pagine.

In proposito, richiama la teoria del negozio fiduciario elaborata da Grassetti, come manifestazione di volontà tesa ad attribuire ad altri la titolarità di un diritto a nome proprio ma nell'interesse del trasferente o di un terzo (p. 93), ove la trasmissione del diritto in vista del raggiungimento dello scopo identifica la *causa fiduciae*, in quanto nell'intenzione delle parti l'effetto reale è necessario per permettere al fiduciario-accipiente di tenere il comportamento prescritto dal fiduciante. Tuttavia, lo spogliarsi della proprietà per trasferirla ad altri, se da un lato permette al fiduciante di sottrarre tale situazione giuridica alle vicende incidenti sul proprio patrimonio generale, dall'altro lato lo espone alla c. d. podestà di abuso del fiduciario ed alla inevitabile soggezione del diritto trasferito alle azioni esecutive dei creditori di quest'ultimo, secondo l'art. 2740 cod. civ. (p. 96 s.). I patrimoni fiduciari non sono, dunque, patrimoni di destinazione, giacché l'obbligo del fiduciario è meramente relativo; diversamente dice l'A., con riguardo al trust, attraverso il quale è possibile destinare un complesso patrimoniale ad una finalità specifica individuata dalla volontà del destinante (disponente) ed ove la destinazione può essere attuata dal disponente personalmente (ed allora egli sarà trustee), ovvero per il tramite della collaborazione di un distinto soggetto (il trustee appunto).

Pertanto, il disponente non programma la tra-

Letture

smissione al fiduciario della “signoria” sui beni da amministrare ma solamente l’acquisto di un “potere di amministrazione” strumentale all’adempimento delle obbligazioni assunte dal fiduciario, in quanto il costituente “desidera sottrarre i rapporti giuridici, destinati alla realizzazione dello scopo del trust, alle vicende incidenti sul patrimonio del *trustee-gestore*” (p. 100). Al fiduciario è attribuito in definitiva un “*potere di esercizio del diritto*” comprendente la possibilità di amministrare, di disporre e di stare in giudizio; questo fenomeno viene designato dal legislatore interno, nella legge di ratifica della Convenzione, con il concetto di “controllo” conseguito dal fiduciario sui beni del trust (p. 106); il medesimo termine è impiegato per alludere alla dissociazione tra proprietà delle azioni e potere di fatto esercitato da coloro che gestiscono la ricchezza della società di capitali (p. 107).

Dopo aver negato che al trustee spetti una posizione reale, l’A. considera la posizione del beneficiario, in quanto probabilmente consapevole della circostanza che il mantenimento della proprietà del fiduciante nei confronti del trustee non esclude automaticamente un acquisto di posizioni dominicali al beneficiario. Qui, con estrema coerenza e argomentazioni condivisibili, l’A. evidenzia, da un lato, che manca nel (così chiamato nel libro) disponente l’intento di attuare, in via immediata, la trasmissione ai beneficiari di uno o più rapporti giuridici, dall’altro lato che non è configurabile per lo stesso una posizione di diritto reale, difettando il carattere tipico dell’immediatezza, in quanto i beneficiari non entrano in relazione con le cose e possono soddisfare il loro interesse soltanto mediante la cooperazione di un altro soggetto (il trustee-fiduciario), il quale si concreta unicamente nella “*pretesa ad ottenere le prestazioni indicate nel negozio istitutivo*” (p. 133); per questa ragione non è configurabile altresì una posizione di aspettativa rivolta all’acquisto di un diritto (p. 134), come è da escludere la rilevanza del divieto di usufrutto successivo o di sostituzione fedecommissoria (p. 138 s.).

Il capitolo secondo e il capitolo terzo della parte seconda sono sicuramente quelli più riusciti del libro, dove l’A. espone motivatamente la propria teoria della non utilizzabilità del concetto di proprietà fiduciaria e della idoneità del concetto di legittimazione negoziale a spiegare compiutamente il fenomeno in questione; su questi non vale la pena di diffondersi per non privare il lettore del piacere della lettura.

Si può solo riportare che l’A. ripercorre il pensiero della dottrina tradizionale da Cariota Ferrara a Pugliatti e a Grassetti, da Carnelutti a Betti e a Mengoni, fino alla dottrina più recente, Sacco e Gambaro, Comporti, Rescigno, Irti, per significare che a suo dire esiste una convergenza di fondo sulla non ammissibilità della proprietà fiduciaria per ragioni non di pienezza del diritto, ma di sicurezza della circolazione giuridica (p. 170) e sulla valenza meramente obbligatoria del *pactum fiduciae*, con conseguente irrilevanza della mala fede del terzo, impossibilità di trascrizione, nonché non estendibilità interpretativa delle norme contenute agli artt. 1707 cod. civ. e 79 R. D. 16 marzo 1942, n. 267 (c. d. legge fallimentare) (pp. 183-198) e delle norme che riservano l’intermediazione finanziaria ai soggetti abilitati, società fiduciarie Sim, Sicav, Sgr (p. 226 s.), per quanto riguarda i profili riguardanti la separazione patrimoniale. Così dalla conclusione della mancanza di una rilevanza dogmatica al concetto di proprietà fiduciaria, l’A. prende lo spunto per richiamare il concetto di legittimazione negoziale di matrice tedesca (par. 189 B.G.B.), presente nel nostro ordinamento nella legittimazione cartolare dei titoli di credito (p. 260), nel contratto estimatorio e nel contratto di cessione dei beni ai creditori (artt. 1558 e 1980 cod. civ.) e nella disciplina della gestione finanziaria, tutte ipotesi tipiche caratterizzate non dal trasferimento del diritto ma dall’attribuzione del potere di esercizio con corrispondente perdita del potere dispositivo da parte del titolare. In questo contesto caratterizzato dalla tipicità legislativa, ben si inserisce, a giudizio dell’A., il trust che è caratterizzato anch’esso dal medesimo connotato della legittimazione gestoria del trustee disgiunta dalla titolarità della situazione giuridica del fiduciante-destinante.

Da qui, si apre la parte terza dove vengono spiegati gli effetti del trust nell’ordinamento interno come logica conseguenza dell’imposizione assunta. E’ facile, quindi, per l’A., dire che: in caso di morte del trustee i suoi eredi non acquistano una titolarità sostanziale (p. 295), che non si abbia la creazione di una proprietà gestoria (p. 297), né un atto dispositivo astratto (p. 299) perché non sussiste la distinzione tra atto di disposizione e atto istitutivo, contrariamente a quanto ritiene la dottrina del trust interno (p. 310, nota 48). Allo stesso modo, viene risolto il problema della tutela dei terzi acquirenti e della pretesa del beneficiario: se il trustee è un soggetto legittimato all’esercizio di un diritto dispositivo, in caso di esercizio in

maniera difforme il terzo contrae con un soggetto non legittimato e quindi non acquista a titolo derivativo, mentre il suo acquisto può essere fatto salvo sulla base delle norme degli artt. 1153, 1994 e 1158 e ss. cod. civ. (pp. 313-315), le obbligazioni restano a carico del gestore secondo l'art. 1711 cod. civ.; ancora, al disponente in via diretta ed ai beneficiari in via surrogatoria (p. 320) viene riconosciuto il diritto a recuperare la cosa in natura dal terzo avente causa del trustee infedele. Ovviamente, i creditori personali del trustee non possono agire sui beni del trust non per l'art. 11 della Convenzione, ma perché questi non si trovano nel patrimonio dello stesso (p. 323).

Il libro si chiude con l'ultimo capitolo dedicato ai rapporti tra il trust e l'art. 2740 cod. civ. sulla responsabilità patrimoniale del debitore, nel quale l'A. esclude una incompatibilità tra gli stessi con riguardo alla posizione dei beneficiari e del trustee sempre in ragione del mancato ingresso dei beni nel patrimonio di questi (p. 331 s.), mentre con riguardo alla posizione del disponente-destinante viene operata quella distinzione tra "trust straniero" e "trust interno" che è già stata in precedenza evidenziata e sarà ora succintamente commentata.

4. In definitiva, risulta chiaro il pensiero dell'A.: il trust non realizza una interposizione reale sul modello della c. d. "fiducia romanistica", bensì una interposizione gestoria con legittimazione a gestire e disporre sul modello della c. d. "fiducia germanistica"; la Convenzione non può derogare alle norme imperative interne ed in particolare all'art. 2740 cod. civ.; il trust straniero può essere riconosciuto perché la legge estera soddisfa la riserva di legge della norma interna a presidio della responsabilità patrimoniale, mentre il trust interno, alla pari dei negozi di destinazione allo scopo, essendo atto di autonomia privata, non può produrre effetti incompatibili con l'ordinamento interno e quindi non può realizzare un vincolo reale di destinazione patrimoniale.

Per quest'ultimo profilo, riguardante la distinzione tra trust interno e trust straniero, si rinvia alle argomentazioni della migliore dottrina internazionalista, comparatista e civilista in merito al ruolo svolto dalla norma di diritto materiale uniforme dell'art. 11 della Convenzione in rapporto all'art. 2740 cod. civ., con l'unico rilievo che la conclusione raggiunta dall'A. della non ammissibilità del trust interno vale anche per il diverso inquadramento dell'istituto del trust nella figura della interposizione reale.

Per il profilo principale, riguardante l'inquadramento dogmatico dell'istituto nella figura dell'interposizione gestoria senza trasferimento del diritto dal soggetto titolare al fiduciario, occorre richiamare l'argomento dell'A. della mancanza nella Convenzione de L'Aja della definizione della nozione di "controllo", con conseguente necessità di ricostruirla con categorie interne.

L'argomentazione si presta ad almeno due ordini di valutazioni critiche.

Sul primo, consistente nell'evidenza che tale inquadramento dell'istituto contrasta con l'esperienza storica del modello c. d. tradizionale inglese e con la prassi dei trust interni, non essendo dirimente nei confronti di chi adotta un argomento dogmatico, non sembra utile l'approfondimento. Sul secondo, consistente nella valutazione della portata della Convenzione e del concetto di "controllo" utilizzato nell'art. 2, essendo di tipo logico-giuridico, può apparire più indicato soffermarsi.

Il termine "controllo" presente nell'art. 2 della Convenzione è un termine tecnico, la cui origine si ricava dalla lettura delle valutazioni compiute dai delegati durante i lavori preparatori, che permette la comprensione nella definizione convenzionale di trust (appunto, "amorfo", per richiamare un termine coniato da una dottrina⁽²⁾) di una pluralità di figure di provenienza da ordinamenti di *common law* e di *civil law*. È importante evidenziare all'attenzione del lettore di questa recensione che questa pluralità di figure non vengono qualificate nei loro tratti caratteristici con l'impiego della Convenzione o con categorie proprie di altri ordinamenti, ma, al contrario, la loro specificità originaria viene considerata dagli interpreti se rientrante nella definizione dell'art. 2 allo scopo di ritenerli o meno all'interno dell'ambito applicativo della Convenzione.

Così, in dottrina, dopo aver individuato nell'esperienza straniera diversi modelli di figure di trust (si allude alla distinzione del trust del c. d. modello tradizionale inglese, del trust del c. d. modello internazionale e del trust del c. d. modello civilistico o misto), si è affermato che il trasferimento del diritto dal fiduciante al fiduciario è la condizione necessaria affinché una figura civilistica possa essere accostata al

Nota:

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

Lettere

trust, come accade nelle figure disciplinate da alcune leggi di paesi appartenenti al modello civilistico (ad esempio, la legge del Liechtenstein, lussemburghese, venezuelana e argentina), mentre questo "dato minimo per la comparazione" manca nella figura di *fideicomiso* di prima generazione (ad esempio, della legislazione messicana)(3).

Ebbene, l'istituto analizzato nel libro di R.M. ha i tratti essenziali corrispondenti al *fideicomiso* disciplinato da alcune legislazioni civilistiche ed è un trust ai sensi della Convenzione de L'Aja solo perché rientra nel concetto di "trust amorfo" introdotto dalla stessa disciplina internazionale. Per tutte le figure ove si verifica il mancato trasferimento o comunque

la mancata titolarità del diritto del fiduciario, possono valere, quindi, le acute argomentazioni dell'A., nel presupposto tuttavia che queste rappresentano soltanto una applicazione delle tante figure in senso lato fiduciarie e che questa particolare applicazione è caratterizzata dalla sua non conformità non solo al modello storicamente originario ma anche al modello modernamente più diffuso, come nell'esperienza italiana dei trust interni.

Nota:

(3) M. Lupoi, *Trusts*, Milano, 2001, II ed., pp. 461-463.

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

e 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.ipsosa.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
Ipsosa

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:

e attività fiduciarie
Trusts

IPSOA Redazione

Casella Postale 12055 - 20120 Milano
telefono (02) 82476.009 - telefax (02) 82476.883

Pubblicità:

dbCOMMUNICATION s.r.l.

db communication s.r.l.
via Leopoldo Gasparotto 168
21100 Varese
tel. 0332/282160
fax 0332/282483
e-mail: info@dbcomm.it
www.dbcomm.it

Autorizzazione Tribunale di Milano n. 626
del 28 settembre 1999
Tariffa R.O.C.: Poste Italiane Spa - Spedizione
in abbonamento Postale - D.L. 353/2003 (conv. in
L. 27/02/2004 n. 46) art. 1, comma 1, DCB Milano
Iscritta nel Registro Nazionale della Stampa
con il n. 3353 vol. 34 foglio 417 in data 31 luglio 1991

ABBONAMENTI

Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono
confermati per l'anno successivo se non disdetti 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
WKL 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
e-mail: rivistatrusters@unige.it

AMMINISTRAZIONE

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

Ipsosa 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).