

SAGGI

Gli “atti di destinazione” nel nuovo art. 2645-ter cod. civ. quale frammento di trust di Maurizio Lupoi	169
Trust interni con valore aggiunto e trust elusivi: il caso del trust di cimeli napoleonici di Giorgio De Nova	174
Il trust come nuovo strumento dell’azione della Pubblica Amministrazione di Aldo Lopez	176
L’iscrizione tavolare del diritto in favore del trustee di Lorenzo Pellegrini	181
Trust liberali e trust commerciali di Giorgio Semino	191
Tassazione indiretta degli atti dispositivi dal disponente al trustee di Gian Franco Condò	197
Il riconoscimento dei trust interni da parte del Tribunale di Firenze di Gabriella La Torre	200
Trust e comunione ereditaria di Domenico Parisi	206
Disclosure of Informations by Trustees di Richard Pease	216
Divulgazione dei documenti del trust a “potenziali non beneficiari” di Edoardo Berti-Riboli	223
Fallimento del disponente, nullità dei trasferimenti al trustee e collaborazione tra giudici nell’ambito della legislazione coloniale di Elisa Barla De Guglielmi	227
“Sham trust”: richiesta di istruzioni alla corte da parte dei trustee in merito al riconoscimento a Jersey di una sentenza inglese che dichiara che un trust è sham di Igor Valas	239

GIURISPRUDENZA

Omologazione di accordo di separazione consensuale e trust Italia, Tribunale di Pordenone, 20 dicembre 2005, A. e B.	247
Applicazione diretta dell’art. 12 della Convenzione de l’Aja Italia, Tribunale di Napoli, 16 giugno 2005, M.E.	249
Trasformazione di trust straniero in accordo post-matrimoniale da parte del giudice inglese Inghilterra e Galles, Court of Appeal (Civil Division), 30 luglio 2004, Charalambous v Charalambous	250

S o m m a r i o**Quattro sentenze sui trust “sham”**

Jersey, Royal Court (Samedi Division), 20 luglio 2005, C I Law Trustees Limited, Folio Trust Company Limited v M.R. Minwalla, D.C. Minwalla, J. and F. Minwalla, Standard Chartered (Jersey) Limited, HM Attorney General, In the matter of C I Law Trustees Limited and Folio Trust Company Limited as trustees of the Fountain Trust 263

Jersey, Court of Appeal, 19 maggio 2005, A. K. MacKinnon v The Regent Trust Company Limited, K. J. MacKinnon, E. V. MacKinnon (née Sharman), S. J. MacKinnon, B. T. Skok MacKinnon, T. A. Skok MacKinnon, S. L. Skok MacKinnon, A. Kinross MacKinnon, I. J. MacKinnon 268

Inghilterra e Galles, High Court of Justice, Family Division, 3 dicembre 2004, Minwalla v Minwalla and DM Investments SA, Midfield Management SA and CI Law Trustees Ltd. 273

Inghilterra e Galles, High Court of Justice, Chancery Division, 11 luglio 2003, Shalson and others v Russo and others (Mimran and another, Part 20 claimants) 275

Divulgazione dei documenti del trust a “potenziali non beneficiari”

Jersey, Court of Appeal, 10 settembre 2004, In the Matter of Internine Trust and Intertraders Trust and in the Matter of The Trusts (Jersey) Law, 1984 Articles 47 and 49; and in the Matter of the Representation of Sheikh Mohamed Ali M. Alhamrani, Aheikh Siraj Ali M. Alhamrani, Aheikh Khalid Ali M. Alhamrani, Sheikh Abdulaziz Ali M. Alhamrani and Sheikh Ahmed Ali M. Alhamrani 282

Giurisprudenza storica**Comune volontà delle parti ed intento simulatorio: la definizione di “sham”**

Inghilterra e Galles, Court of Appeal, 16 gennaio 1967, Snook v London and West Riding Investments Ltd. 286

LEGISLAZIONE

Unione Europea. Direttiva europea in materia di antiriciclaggio e trust 293

Dubai. Trust Law 303

Inghilterra e Galles. Trusts of Land and Appointment of Trustees Act 1996 315

PRASSI

Imposta di registro e trasferimento a trustee di somme per l’acquisto di un immobile 322

Gli “atti di destinazione” nel nuovo art. 2645-ter cod. civ. quale frammento di trust

di Maurizio Lupoi

SOMMARIO: § 1. La lettura della norma. – § 2. L'esegesi della norma. – § 3. L'“atto di destinazione” e la dichiarazione di trust. – § 4. Raffronto funzionale con i trust. – § 5. Effetti dell'art. 2645-ter sui trust interni.

Il nuovo articolo 2645-ter del codice civile compare, guardando alla sua rubrica e alla sua collocazione nel codice civile, quale una disposizione sulla trascrizione(1).

Tale essa certamente è, ma non solo. Queste brevi note mirano a proporre alcuni spunti che sorgono dalla prima lettura e naturalmente privilegiano gli aspetti che interessano maggiormente l'autore.

“Trascrizione di atti di destinazione”. Per la prima volta nella nostra terminologia legislativa compare “atto di destinazione” quale, all'apparenza, categoria generale(2). Si è da poco spenta l'eco dei “patrimoni destinati a uno specifico affare”, introdotti dalla riforma del diritto societario e considerati nell'opinione comune dei commentatori quale istituto derogatorio dal diritto comune, così contrapponendo la normalità dei fenomeni di destinazione patrimoniale negli ordinamenti giuridici che conoscono il trust (tipicamente quelli appartenenti alla *common law*) alla eccezionalità dei medesimi fenomeni negli altri ordinamenti, quale il nostro. Ora questa eccezionalità è forse venuta meno.

§ 1. La lettura della norma.

È, innanzi tutto, necessario cercare di comprendere quali siano i connotati degli “atti di destinazione”.

L'art. 2645-ter fornisce alcuni elementi testuali, che elenco senza alcuna elaborazione:

1. Vi deve essere un soggetto “conferente”, che preferirò indicare come “disponente”.

2. Vi devono essere uno o più “beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri”, che il disponente destina “alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pub-

bliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'articolo 1322, secondo comma”.

3. La destinazione comporta un “vincolo” sui beni.

4. La durata del vincolo è “per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria”.

5. L'“atto di destinazione” “risultante da atto pubblico” è trascrivibile.

6. La trascrizione dell'atto rende “opponibile ai terzi il vincolo di destinazione”.

7. Il “conferente” e “qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso” possono “agire per la realizzazione” degli interessi di cui sopra.

8. “I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione”.

9. “I beni conferiti e i loro frutti possono costituire oggetto di esecuzione solo per debiti contratti” per la realizzazione del fine di destinazione.

Appena promulgato un testo normativo, i commentatori fanno usualmente a gara nel mostrare come essi avrebbero saputo scriverlo meglio e quali e quante imprecisioni, incongruenze, illogicità, cause di dubbi interpretativi da esso derivino. In effetti, sa-

Note:

Maurizio Lupoi è professore ordinario dell'Università di Genova.

(1) Introdotto dall'art. 39-novies del D. L. 30 dicembre 2005, n. 273, convertito in legge (in corso di pubblicazione sulla G. U.): “Art. 2645-ter. - (Trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche) – Gli atti risultanti da atto pubblico, con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'articolo 1322, secondo comma, possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione; per la realizzazione di tali interessi può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso. I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'articolo 2915, primo comma, solo per debiti contratti per tale scopo”.

(2) Un precedente è nell'art. 4.3.b del D. Lgs. 21 aprile 1993, n. 124, in materia di fondi pensione.

Saggi

rebbero possibili numerose chiose ai nove punti che, strettamente attenendomi al linguaggio legislativo, ho appena elencato e sarebbero prospettabili numerose critiche di natura tanto testuale che giuridica che funzionale; me ne astengo e preferisco offrire al lettore prima l'esegesi testuale e poi il raffronto fra l'"atto di destinazione", così delineato, e i trust(3).

§ 2. L'esegesi della norma.

Dai nove punti sopra elencati emerge che l'"atto di destinazione" richiede un soggetto disponente, un soggetto beneficiario, uno o più beni, una finalità, una durata. Effetto dell'atto è il vincolo. Effetto della trascrizione è l'opponibilità del vincolo. Il vincolo ha un profilo statico e un profilo dinamico: quanto al primo, esclude i beni vincolati dal principio della responsabilità patrimoniale generica, rendendoli disponibili solo per i debiti contratti per la realizzazione della finalità; quanto al secondo, obbliga taluno a perseguire la finalità, potendo il disponente e i terzi interessati agire contro costui per la sua attuazione.

La finalità è quella di soddisfare interessi meritevoli di tutela "riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni o ad altri enti o persone fisiche"(4). "Riferibili": "interessi ... riferibili", per quanto sia riuscito ad accertare, ha solo due precedenti nella legislazione vigente: "presenza di interessi e capitali riferibili ad organizzazioni malavitose nazionali o straniere"(5) e "portatori di interessi riferibili ai destinatari degli interventi delle fondazioni"(6): come si vede, siamo nella vaghezza e il campo semantico di "riferibili" ha un contenuto giuridico minimo, come se si dicesse "che riguardano": su questo contenuto minimo non si può costruire più che tanto (o poco).

Il soggetto disponente può, evidentemente, vincolare soltanto beni rispetto ai quali egli sia titolare di un diritto reale; tuttavia, il termine "conferente" fa pensare a un atto di trasferimento, al quale acceda il vincolo. Sappiamo che è perfettamente possibile trasferire un bene a terzi apponendo un vincolo al bene stesso, precisamente un vincolo di destinazione opponibile ai terzi: il caso più noto è il fondo patrimoniale quando costituente sia un soggetto diverso dai coniugi; altri casi si riscontrano in materia urbanistica, altri in campo finanziario e del mercato mobiliare. Naturalmente, uno può anche vincolare un bene proprio (come avviene nel diritto societario per i patrimoni destinati a uno specifico affare).

L'art. 2645-ter cod. civ. si riferisce ad entrambe le fattispecie: al bene proprio del disponente che tale rimane, perché il testo normativo non fa menzione alcuna di trasferimento; ma anche al bene che il disponente trasferisca contestualmente o successivamente alla imposizione del vincolo, perché il testo considera normale l'eccedenza della durata del vincolo rispetto alla vita del disponente, perché chiama "conferente" il disponente e, infine, perché consente a terzi interessati di agire per l'attuazione della finalità dell'"atto di destinazione" anche dopo la morte del "conferente" e, dunque, necessariamente contro soggetti diversi dal disponente e costoro non possono che essere coloro ai quali il bene sia stato trasferito. Il trasferimento potrebbe essere *mortis causa* o fra vivi; in questo secondo caso, potrebbe essere contemporaneo alla imposizione del vincolo o successivo.

Si può pensare diversamente e ridurre le ipotesi alla prima, con la conseguenza che i terzi interessati possono agire prima contro il disponente che sia rimasto titolare del diritto reale sul bene vincolato e, dopo la morte del disponente, contro i suoi eredi, i quali al rispetto del vincolo sono ovviamente tenuti per tutta la sua durata. Vero, ma questo non prova che il vincolo non possa accedere a un negozio di trasferimento fra vivi, altrimenti non si capirebbe contro chi, come il testo normativo prevede, il disponente sarebbe legittimato ad agire. L'espressa previsione della legittimazione ad agire del disponente implica che la posizione dominicale sui beni vincolati possa competere a un soggetto diverso da quello che ha imposto il vincolo e durante la vita di questi; torniamo così, necessariamente, alla seconda fra le fat-

Note:

(3) Mi astengo anche dal chiedermi chi abbia voluto inserire questa nuova disposizione nel codice civile, quali fossero le sue finalità e se l'art. 2654-ter cod. civ. sia con esse congruente.

(4) La norma contiene un doppio richiamo agli "interessi meritevoli di tutela", prima esplicitato, poi riprodotto per mezzo del rinvio al secondo comma dell'art. 1322 cod. civ. Non riesco a trovare una spiegazione di questa duplicazione e propendo a ritenere che si tratti di una sovrapposizione di mani nella redazione.

(5) Deliberazione del Senato della Repubblica del 12 ottobre 1995, che istituisce una Commissione parlamentare d'inchiesta sul problema dei rifiuti, art. 3.

(6) D. Lgs. 17 maggio 1999, n. 153, sulle fondazioni bancarie, art. 4: "i soggetti ai quali è attribuito il potere di designare componenti dell'organo di indirizzo e i componenti stessi degli organi delle fondazioni non devono essere portatori di interessi riferibili ai destinatari degli interventi delle fondazioni".

tispecie sopra delineate: non solo il vincolo su bene proprio, che tale rimane, ma anche il vincolo su bene che viene trasferito unitamente alla imposizione del vincolo.

La prima fattispecie, peraltro, può riscontrarsi in un contesto totalmente diverso, nel quale il vincolo sia apposto dal soggetto al quale il bene sia trasferito precisamente per essere da lui vincolato: vincolo su bene proprio, dunque, ma che proprio è divenuto per la specifica finalità di ricevere il vincolo.

Queste ultime considerazioni rendono imprescindibile un raffronto con i trust, dal quale l'esegesi dell'art. 2645-ter trarrà nuove ispirazioni e si potrà unire a considerazioni funzionali di un certo interesse anche per la prassi professionale.

§ 3. L'“atto di destinazione” e la dichiarazione di trust.

L'“atto di destinazione”, come esso emerge da questa prima esegesi della norma, è utilmente raffrontabile con la dichiarazione di trust (che è cosa diversa dall'atto istitutivo di trust). Fra le tipologie di trust, esistono il trust auto-dichiarato e il trust con trasferimento di beni al trustee; in entrambi i casi, effetto del trust è il vincolo di beni, oggetto, rispettivamente, della dichiarazione unilaterale o del trasferimento. Tuttavia, il trasferimento al trustee può avvenire (e spesso avviene nella prassi, specie straniera) senza alcun riferimento al trust e talvolta prima che il trust sorga; è quindi il trustee che dichiara il vincolo e la struttura giuridica si presenta identica a quella del trust auto-dichiarato. Dichiarazione di trust si ha anche, in via più generale, quando un soggetto riceve un bene destinato a un terzo e, volendo proteggere la posizione del terzo, si dichiara trustee del bene onde non confonderlo nel proprio patrimonio; può trattarsi del trustee di un nuovo trust, ma anche del trustee di un trust esistente, che viene accresciuto con il nuovo bene.

Occorre sia presente a chi affronta questi argomenti che il termine “trust” è polisemico: esso designa certamente il rapporto giuridico che fa capo al trustee, ma anche, fra l'altro, il complesso delle posizioni soggettive aventi per oggetto i beni, la finalità dell'affidamento dei beni al trustee, l'obbligazione del trustee di attuare quelle finalità e, infine, il vincolo impresso sui beni. L'espressione classica “trust property”, ricorrente in ogni atto istitutivo, indica precisamente il vincolo impresso sui beni.

Chiarito questo, è agevole comparare l'“atto di destinazione” con la dichiarazione di trust. Quest'ultima riguarda uno o più beni, è soggetta al requisito della meritevolezza dell'interesse, produce la segregazione patrimoniale, fa nascere un vincolo in favore di un beneficiario(7), indica una durata(8). La giurisprudenza, oramai abbondante tanto nel regime ordinario che in quello tavolare, consente la pubblicità del vincolo del trust(9); infine, la dichiarazione di trust avente per oggetto beni immobili o mobili registrati risulta normalmente da atto pubblico.

Ho ripercorso in queste ultime frasi otto fra i nove punti sopra elencati nel delineare la nozione di “atto di destinazione”; manca il settimo, secondo il quale il disponente (“conferente”) può agire per l'attuazione della finalità del negozio di destinazione. Nel diritto dei trust normalmente il disponente non può agire contro il trustee: l'azione spetta ai beneficiari e, quando previsto, al guardiano del trust. Peraltro, sebbene l'assenza del diritto di azione del disponente verso il trustee sia la regola del diritto dei trust, le numerose leggi straniere, fra le quali il disponente di un trust interno può scegliere, offrono soluzioni variegata fino a consentire al disponente tali e tanti poteri di diretto intervento sullo svolgimento del trust da portarlo, quando questo si voglia, a una posizione di forza molto maggiore che non la semplice legittimazione ad agire. E, senza ricorrere a leggi che permettono soluzioni non condivise in altri ordinamenti, basta pensare alla revoca e sostituzione del trustee quali poteri regolarmente spettanti al disponente e alla attribuzione dell'ufficio di guardiano al disponente, con la conseguente legittimazione ad agire contro il trustee.

Rivalutato così l'unico punto di apparente differenziazione, chiediamoci se gli “atti di destinazione” e i trust coincidano. Troppo forte è, infatti, la tentazione di accantonare le leggi straniere, alle quali necessariamente fanno ricorso i trust interni, e di preferire ad esse la nostra legge: potremmo così passare dai trust interni ai trust di diritto interno.

Dirò subito che, come per i patrimoni destinati a uno specifico affare, l'alternativa fra legge straniera e

Note:

(7) Come si sa, esistono anche i trust di scopo, privi di beneficiari.

(8) In alcuni ordinamenti è possibile che un trust in favore di beneficiari non abbia limite di durata.

(9) V. *infra*, nota 11.

S a g g i

legge italiana certamente si può porre e la scelta va compiuta caso per caso.

Fra le considerazioni da prendere in esame tre mi sembrano fondamentali: l'“atto di destinazione”, come delineato nell'art. 2645-ter, non è legato al campo delle obbligazioni fiduciarie; le poche frasi delle quali si compone la norma, non a caso collocata fra le norme sulla pubblicità, sono insufficienti a delineare una disciplina degli “atti di destinazione”; la nozione di “beneficiario”, pur presente, è appena accennata.

In breve, direi che l'“atto di destinazione” è un frammento di trust; tutto ciò che è nell'“atto di destinazione” è anche nei trust, ma i trust si presentano con una completezza di regolamentazione e una collocazione nell'area della fiducia che l'“atto di destinazione” non presenta. Talvolta questi ulteriori elementi non saranno decisivi e allora converrà ricorrere al diritto interno e all'“atto di destinazione”; negli altri casi converrà ricorrere ai trust.

Vorrei dare conto di queste ultime affermazioni.

§ 4. Raffronto funzionale con i trust.

L'“atto di destinazione”, per essere accompagnato da un minimo di efficienza, deve collocarsi in un contesto obbligatorio, come naturalmente avviene per la dichiarazione di trust.

Nulla impedisce a un soggetto di vincolare beni che egli mantiene nel proprio patrimonio – sebbene “segregati” in vista del perseguimento della finalità del vincolo – e in questo caso l'analogia con il fondo patrimoniale costituito da uno o entrambi i coniugi appare molto forte anche sotto il profilo impositivo. Chi scelga questa strada, senza preoccuparsi delle conseguenze della propria morte sulla realizzazione della finalità, si allontana radicalmente dalle strutture del trust perché, in sostanza, punta alla prevalenza del vincolo rispetto al rapporto obbligatorio che nascerebbe dal trasferimento a un soggetto che si obblighi non tanto e non solo a rispettare il vincolo quanto ad agire per attuare la finalità del vincolo stesso⁽¹⁰⁾. Questa lacuna, funzionalmente rilevante, sarebbe comunque evidente fin dal primo momento, per la mancanza di una obbligazione dello stesso soggetto disponente; e non è un caso che questa obbligazione manchi anche nella disciplina del fondo patrimoniale.

Se la durata del vincolo, eccedente o possibilmente eccedente la vita del disponente (e quest'ulti-

ma ipotesi deve necessariamente essere tenuta in conto), non sia accompagnata dal trasferimento dei beni a chi si obblighi ad attuare la finalità della destinazione, la differenza rispetto ai trust diverrebbe fortissima e francamente il negozio di destinazione apparirebbe perdente perché, centrato sui profili di diritto reale, sarebbe privo di quei contenuti obbligatori che caratterizzano i trust. In altre parole, lasciare ai propri eredi uno o più beni destinati a una particolare finalità è il modo meno certo per garantirne l'attuazione: il vincolo impedirà loro di alienare i beni vincolati, ma certamente non li obbligherà ad attivarsi per realizzarne la finalità.

Ne consegue che, se si vuole una ragionevole efficienza della sistemazione patrimoniale, l'“atto di destinazione” e il trasferimento del o dei beni a chi si obblighi a perseguire la finalità per la quale il vincolo è stato imposto vanno assieme, avvengano essi fin dal momento iniziale o in un momento successivo, per esempio alla morte del disponente. Valutando le fattispecie di trasferimento sotto il profilo delle imposte indirette, sembra prevalere il profilo della provvista, come quando il mandante trasferisce un bene al proprio mandatario senza rappresentanza per l'esecuzione del mandato che proprio quel bene riguarda: chi riceve non incrementa il proprio patrimonio netto, ma accetta di divenire proprietario di beni vincolati senza che il vincolo vada a suo vantaggio, per lo meno fintanto che esso duri.

Guardando al momento finale, quando il vincolo cessa, nel diritto dei trust è perfettamente possibile che i beni in trust tornino al disponente o ai suoi eredi o comunque a un soggetto diverso da quello in favore del quale erano stati vincolati nel corso del trust. Questo è ciò che normalmente avviene nei trust interni per sostenere persone con disabilità: durante la vita delle persone con disabilità il reddito dei beni è al loro servizio e, se necessario, lo sono anche i beni stessi (alienabilità dei beni in trust), ma successivamente il trustee trasferisce i beni o i beni residui ad altri soggetti (usualmente gli altri figli del disponente) e il trust cessa. Il vincolo, quindi, non è andato a vantaggio del soggetto titolare dei beni vincolati né nella vigenza del vincolo né alla sua cessazione. Questa configurazione potrebbe non essere

Nota:

(10) Ovviamente questa problematica non si presenta nel fondo patrimoniale perché la morte di un coniuge conduce allo scioglimento del fondo, a meno che vi siano figli minori.

necessariamente richiesta per gli “atti di destinazione” perché non sembra esservi incompatibilità fra il vincolo e la patrimonializzazione, in capo al soggetto proprietario, alla cessazione del vincolo medesimo. Infatti, il disponente che vincoli i beni per un breve periodo e, al termine, sia vivo riacquista la pienezza della posizione dominicale: lo stesso potrebbe accadere al diverso soggetto al quale il disponente abbia trasferito i beni con il patto che, alla cessazione del vincolo, i beni gli appartengano pienamente (vi è una analogia con il fedecommesso assistenziale). C'è da chiedersi se il venire meno del vincolo e la contemporanea patrimonializzazione senza trasferimento siano eventi rientranti fra le previsioni dell'imposta di registro.

Si osserva, così, che nel diritto dei trust il termine “beneficiario” ha, o può avere, almeno due accezioni: colui in favore del quale il vincolo opera fino a tanto che esso duri, colui al quale i beni competono alla cessazione del vincolo. Diversi i rispettivi diritti, talvolta confliggenti gli interessi, questa doppia valenza può o meno essere riversata sugli “atti di destinazione”, arricchendoli di funzionalità che ne amplierebbero la sfera applicativa e li distaccherebbero, a parità di altre condizioni, dal fondo patrimoniale.

Legato a questi profili è il tema del trasferimento della funzione dell'attuazione della finalità del vincolo e cioè, nel campo dei trust, l'individuazione del trustee ed eventualmente il mutamento del trustee, già verificatosi più volte in Italia senza alcuna controindicazione né pubblicitaria né tributaria. Qualora, privilegiando l'efficienza secondo quanto sopra indicato, il disponente, eventualmente prima obbligandosi egli stesso ad attuare la finalità, affidi questa funzione a terzi (il termine “affidamento” viene naturale in questo quadro), è evidente che emerge in primo piano un profilo negoziale tutto da esplorare, che corrisponde all'atto istitutivo di trust. Nulla impedisce che, in un contesto civilistico, l'equivalente funzionale dell'atto istitutivo di trust (atto, come si sa, unilaterale) sia un contratto: recupereremmo così i termini originari della fiducia quale affidamento, depurati dalle teorie pandettistiche e post-pandettistiche, e daremmo una significativa prova di vitalità giuridica.

Qualora dottrina e prassi concorrano a foggare un contratto di affidamento, la distanza rispetto alla pienezza del diritto dei trust tenderà a diminuire e nel tempo si affermerà una disciplina italiana che renderà marginale il ricorso al diritto straniero.

§ 5. Effetti dell'art. 2645-ter sui trust interni.

Si sa che tanto la giurisprudenza italiana, in quasi cinquanta pronunce (una anche della Cassazione), quanto l'Agenzia delle Entrate, in sette pareri su interpello, si sono espresse per la legittimità dei trust interni⁽¹¹⁾ così come, di recente, ha fatto lucidamente il Consiglio Nazionale del Notariato⁽¹²⁾.

L'art. 2645-ter ha, quindi, scarsi effetti sulla operatività dei trust interni. Tanto l'effetto segregativo quanto la pubblicità, immobiliare e societaria, sono da considerarsi alla stregua di dati acquisiti e l'innovazione legislativa può solo rafforzare la prassi dominante⁽¹³⁾: il vincolo di beni per una finalità meritevole di tutela è ora ammesso in via generale dal codice civile e la trascrizione di tale vincolo costituisce lo specifico oggetto della nuova norma.

A mio parere, l'art. 2645-ter cod. civ. è solo la conferma di quanto da tempo eravamo in molti a sostenere, sia pure con diversità di accenti: esiste un cammino dell'ordinamento verso la specializzazione dei patrimoni e chi rifiutava di accorgersene dovrà ora prenderne atto.

Note:

(11) Tutte queste fonti sono raccolte in *La giurisprudenza italiana sui trust – dal 1899 al 2005*, Trusts, Quaderni, n. 4, Milano, 2005; successivamente, seguendo il medesimo orientamento, v. Trib. Firenze, 2 luglio 2005, in questa Rivista, 2006, 89; Trib. Trieste, 23 settembre 2005, *ivi*, 83; Trib. Pordenone, 6 dicembre 2005, *infra*, 247; Trib. Napoli, 22 luglio 2004; Trib. Napoli, 16 giugno 2005; Trib. Rovereto, 26 ottobre 2005; Comm. Trib. Brescia, 11 gennaio 2006, Trib. Trento, Sez. Distaccata di Cles, 25 gennaio 2006, o in corso di pubblicazione in questa Rivista.

(12) CNN Notizie del 22 febbraio 2006, in corso di pubblicazione in questa Rivista.

(13) È forse opportuno segnalare che all'unica pronuncia contraria in materia di pubblicità immobiliare (App. Napoli, 27 maggio 2004, in questa Rivista, 2004, 570) hanno fatto seguito due sentenze di primo grado, dovute a diversi collegi nello stesso distretto giudiziario (v. *supra* nota 11), che, con ampie motivazioni, hanno seguito l'impostazione dominante.

Saggi

Trust interni con valore aggiunto e trust elusivi: il caso del trust di cimeli napoleonici

di Giorgio De Nova

SOMMARIO: § 1. Per un motto dell'Associazione "Il trust in Italia". – § 2. Il trust di cimeli napoleonici.

§ 1. Per un motto dell'Associazione "Il trust in Italia".

Se la nostra associazione dovesse avere un motto, oggi suggerirei il seguente: "sì ai trust interni con valore aggiunto, no ai trust interni elusivi". Ciò a significare che il punto non è quello della ammissibilità del trust interno, ma quello di verificare se *quel* trust interno consenta di ottenere risultati cui non possono pervenire i negozi interni già noti e se *quel* trust non sia elusivo di principi inderogabili del diritto interno.

Il motto è, credo, efficace.

Ma è delicato rispondere al quesito se *quel* trust abbia valore aggiunto e non sia elusivo, perché non di rado i limiti operativi dei negozi interni già noti sono determinati dalla loro disciplina legale, ed in particolare dalla loro disciplina inderogabile.

§ 2. Il trust di cimeli napoleonici.

Un nonno nel proprio testamento fra l'altro lascia in legato al nipote, minore, una collezione di cose e libri di soggetto napoleonico, e nomina un esecutore testamentario.

Ci si chiede come garantire che i beni oggetto di legato siano conservati, e consegnati al minore al raggiungimento della maggiore età.

"Prima del trust interno" sarebbe accaduto quanto segue.

a) I genitori del minore ex art. 320, III comma cod. civ. chiedono l'autorizzazione al giudice tutelare per accettare (secondo quanto prevede con formulazione non felice la norma) il legato;

b) ottenuta l'autorizzazione, accettano il legato;

c) si rivolgono all'esecutore testamentario e ottengono la consegna della collezione.

Dunque:

(i) la collezione diviene di proprietà del minore e la custodia è onere dei genitori;

(ii) i creditori del minore potrebbero aggredire i beni oggetto del legato;

(iii) in caso di necessità o utilità evidente, autorizzati ex art. 320 cod. civ., i genitori potrebbero alienare i beni(1).

Ed invece, con il trust interno, i genitori, previa autorizzazione, accettano il legato e chiedono e ottengono contestuale autorizzazione a istituire un trust (in nome del minore) nominando trustee l'esecutore testamentario.

Dunque la collezione diventa di proprietà dell'esecutore testamentario quale trustee, e questi la custodirà fino alla maggiore età del minore, cui la collezione sarà a quella data trasferita e consegnata.

In questo modo, la volontà del nonno viene meglio garantita: il trust ha un valore aggiunto.

Tutto bene?

Così pare al Tribunale di Bologna(2) e a chi commenta il decreto(3).

Ma qualche ulteriore riflessione è opportuna.

L'art. 703, III comma, cod. civ. stabilisce che il possesso dell'esecutore non può durare più di due anni (un anno più un secondo anno per motivi di evidente necessità).

Con la costruzione sopra descritta, il limite dei due anni viene superato: se il minore ha, poniamo, 8 anni, si arriva a 10 anni di amministrazione.

Dobbiamo ritenere che questo trust sia elusivo?

Certo si può osservare che l'esecutore testamen-

Note:

Giorgio De Nova è professore ordinario dell'Università di Milano. Il testo riproduce la relazione, con modificazioni, presentata al III Congresso Nazionale organizzato dall'Associazione "Il trust in Italia" svoltosi a Roma il 21-23 ottobre 2005.

(1) Così M. Dogliotti, Trust e amministrazione dei beni del minore, in questa Rivista, 2004, 212, a p. 213.

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

(3) M. Dogliotti, Trust e amministrazione [*supra*, nota 1].

rio *de quo* dopo l'anno, divenuto trustee, svolge il proprio ruolo a diverso titolo.

Ma l'osservazione non fuga ogni dubbio, perché, come è stato detto, "l'esecutore testamentario è soggetto il quale, pur non acquisendo la proprietà di alcunché, è vicinissimo alla figura del trustee"(4).

Occorre allora chiedersi se venga in considerazione l'art. 15 della Convenzione de L'Aja, secondo cui "la Convenzione non ostacolerà l'applicazione delle disposizioni di legge previste dalle regole di conflitto del foro, allorché non si possa derogare a dette disposizioni mediante una manifestazione della volontà, in particolare nelle seguenti materie:

a) la protezione di minori e di incapaci; b) gli effetti personali e patrimoniali del matrimonio; c) i testamenti e la devoluzione dei beni successori, in particolare la legittima; d) il trasferimento di proprietà e le garanzie reali; e) la protezione di creditori in casi di insolvibilità; f) la protezione, per altri motivi, dei terzi che agiscono in buona fede.

Qualora le disposizioni del precedente paragrafo siano di ostacolo al riconoscimento del trust, il giudice cercherà di realizzare gli obiettivi del trust con altri mezzi giuridici".

L'art. 703, III comma, cod. civ., che impone una durata massima di un anno più un anno, è norma inderogabile: il testatore può ridurre la durata legale, ma non può aumentarla(5).

Ma occorre chiedersi, per verificare se l'art. 15 della Convenzione si applichi, quale sia la *ratio* della norma che pone una durata massima.

Taluno risponde che tale norma tutela l'interesse degli eredi a conseguire il godimento dei beni ereditari(6).

Se è così, il trust dei cimeli napoleonici non appare elusivo, perché è lo stesso legatario (in persona degli esercenti la potestà, e con l'avallo dell'autorizzazione) a rinunciare all'immediato godimento.

Altri risponde che essa tutela "l'interesse pubblico ad una corretta gestione, in specie allorché si incide su un patrimonio altrui"(7), o che è posta "per motivi di ordine pubblico", non meglio specificati(8).

Se fosse così, il dubbio di elusione potrebbe avere maggiore consistenza.

Per parte mia credo che la norma intenda evitare una scissione troppo lunga tra proprietà (degli eredi) e amministrazione (dell'esecutore testamentario).

Con la nomina dell'esecutore testamentario a trustee

proprietà e amministrazione si congiungono, sicché può dirsi venire meno la *ratio* del divieto.

Diverso sarebbe se la *ratio* del divieto fosse da rinvenirsi nell'esigenza di evitare sostituzioni fedecommissarie: ma non è questo il caso.

In conclusione, si può dire che il trust dei cimeli napoleonici, anche ad un più approfondito esame, appare dotato di valore aggiunto e non elusivo.

Certo sarebbe stato meglio nominare trustee un soggetto diverso dall'esecutore testamentario: ma evidentemente non era facile trovare qualcuno disposto a riempire la casa per anni di cimeli napoleonici.

Note:

(4) M. Lupoi, *Trusts*, II ed., Milano, 2001, p. 639.

(5) A. Vicari, *L'esecutore testamentario*, in P. Rescigno (cur.), *Successioni e donazioni*, Padova, 1994, vol. I, 1326.

(6) G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2000, p. 295; A. Vicari, *L'esecutore testamentario* [*supra*, nota 5], a p. 1326; M. Lupoi, *Trusts* [*supra*, nota 4], a p. 639.

(7) A. Vicari, *L'esecutore testamentario* [*supra*, nota 5].

(8) M. Talamanca, *Successioni testamentarie*, in *Commentario al codice civile. Libro secondo, Delle successioni*: artt. 679 – 712, vol. XXI, a cura di A. Scialoja – G. Branca, Bologna, 1965, p. 498 e relative note.

Il trust come nuovo strumento dell'azione della Pubblica Amministrazione

di Aldo Lopez

SOMMARIO: § 1. Premesse. – § 2. La valutazione del Giudice Tavolare. – § 3. Il programma negoziale. – § 4. Il giudizio di meritevolezza. – § 5. L'autonomia contrattuale della P.A. – § 6. Conclusioni.

§ 1. Premesse.

È interessante la decisione del Giudice Tavolare di Trieste del 23 settembre 2005⁽¹⁾ perché, da un lato, conferma il riconoscimento dei trust interni nell'ambito dell'ordinamento italiano attraverso una lunga motivazione che approfondisce i termini e le questioni dibattute nel corso degli ultimi anni in questa materia, e, dall'altro, apre un fronte di non poco conto nell'ambito del diritto pubblico italiano, che, ad oggi, non vanta una rilevante casistica di studio⁽²⁾; in effetti, anche la più recente manualistica sull'attività contrattuale della Pubblica Amministrazione⁽³⁾, come anche quella più specifica sugli appalti di lavori⁽⁴⁾ o quella più specifica sulle applicazioni dei trust in Italia⁽⁵⁾ non prevedono la possibilità di istituire trust che vedano l'Amministrazione Pubblica protagonista come nel caso di specie.

Quanto al riconoscimento dei trust interni, la decisione in commento è da apprezzare in quanto il Giudice Tavolare di Trieste dimostra una conoscenza approfondita dell'istituto anglosassone e di tutta l'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale italiana in materia.

Piace agli occhi di chi legge l'apertura mentale e l'onestà intellettuale del magistrato friulano quando sottolinea che “gli sforzi e le linee di tensione, che si possono individuare nei provvedimenti resi dalla giurisprudenza di merito nei settori più disparati (dal diritto di famiglia a quello fallimentare, dal diritto successorio a quello societario), testimoniano della scelta degli operatori pratici di affrancarsi da posizioni preconcepite e di principio per verificare in concreto l'utilità dello strumento, la liceità e la meritevolezza di tutela dell'istituto, indubbiamente estraneo al nostro ordinamento giuridico. Non viene più colta l'impellente necessità di individuare un concetto unitario di trust, o di forzare il suo inquadramento nelle fi-

gure negoziali tradizionali, con acrobatici collegamenti tra istituti o delicate operazioni di genetica giuridica, frantumando e ricomponendo molecole negoziali alla ricerca di una tipizzazione impossibile. Per quanti sforzi si possono fare, il trust – che pure alberga nell'ordinamento positivo italiano – sfugge ad ogni qualificazione, è mutevole d'assetto, è teleologicamente versatile, dimostrandosi in grado di tutelare, in modo pieno e soddisfacente, interessi ed obiettivi che fino a ieri potevano essere perseguiti in maniera parziale, almeno diretta o efficace”.

Quanto al trust come nuovo strumento dell'azione della Pubblica Amministrazione, benché si debba dare atto al decreto in commento⁽⁶⁾ di aver aperto una strada che potrebbe essere foriera di molte e interessanti applicazioni⁽⁷⁾, è bene puntualizzare quanto segue.

Note:

Aldo Lopez è avvocato in Milano.

(1) Trib. Trieste, 23 settembre 2005, in questa Rivista, 2006, 83.

(2) L'unico scritto che è dato reperire è: G. De Candia, Il trust e l'azione amministrativa pubblica, I contratti dello stato e degli enti pubblici, 2004, 1, p. 27.

(3) *Ex multis*: F. Oliva, I contratti nella pubblica amministrazione, Roma, 2003. Da ultimo: G. Cassano (cur.), L'attività contrattuale della pubblica amministrazione, Padova, 2005.

(4) Da ultimo: L. R. Perfetti (cur.), Repertorio degli appalti pubblici, Padova, 2005.

(5) M. Lupoi, L'atto istitutivo di trust, Milano, 2005; v. anche: I. Beneventi, I trusts in Italia oggi, Milano, 1996; S. Bartoli, Il Trust, Milano, 2001; N. Canessa, I trusts interni, Milano, 2001; F. Amatucci – N. Ceccere – M. D'Errico – A. De Donato – V. De Donato – U. La Porta – G. Palermo – F. Pascucci – P. Schlesinger, Il trust nell'ordinamento giuridico italiano, Milano, 2002; L. Santoro, Il trust in Italia, Milano, 2004.

(6) Per uno sguardo ricognitivo e completo sul decreto in commento si rinvia a: L. Battistella, Il trust e le implicazioni di diritto tavolate, in questa Rivista, 2006, 27; A. Tonelli, Trust di ente pubblico in regime tavolate, *ivi*, 53; G. Fanticini – A. Tonelli, Il giudice ha il compito di verificare che l'atto sia compatibile con il sistema, Guida al diritto, 2005, n. 41, 64; F. Di Camillo, È ammissibile la trascrizione del negozio costitutivo del trust, consultabile sul sito Internet di “Diritto.it” all'indirizzo <http://www.diritto.it>.

(7) Come efficacemente sottolineato, “trattasi del primo trust in Italia fra un ente pubblico (il Comune di Duino Aurisina, piccola frazione della

(Segue)

§ 2. La valutazione del Giudice Tavolare.

L'immobile oggetto del trust è sito in provincia di Trieste, zona che, già appartenente all'Impero Austro-Ungarico, fu annessa all'Italia dopo la prima guerra mondiale.

In tale provincia, in forza del R. D. 28 marzo 1929, n. 499 (c.d. "L. tav."), è rimasto in vigore il particolare regime di pubblicità immobiliare detto sistema tavolare.

In base a questo sistema, "il diritto di proprietà e gli altri diritti reali su beni immobiliari non si acquistano per atto tra vivi se non con l'iscrizione del diritto nel libro fondiario. Parimenti non hanno effetto la modificazione o estinzione per atto tra vivi dei diritti suddetti senza la relativa iscrizione o cancellazione" (art. 2 L. tav.). Detto in altre parole, l'intavolazione (o iscrizione nei libri fondiari) ha carattere costitutivo del trasferimento del diritto reale, in quanto necessaria affinché l'atto abbia efficacia anche tra le parti.

Proprio per la particolare efficacia riconosciuta all'intavolazione, il sistema tavolare – come è stato sottolineato⁽⁸⁾ – è retto dal principio di legalità, in forza del quale ogni iscrizione nel libro fondiario deve necessariamente costituire un procedimento avanti al giudice tavolare (così art. 102 L. tav.).

Il giudice "orderà" l'iscrizione, con apposito decreto, dopo la verifica della sussistenza di tutti i requisiti sia formali che sostanziali del titolo (così artt. 26, 27 e 94 L. tav.). In particolare il giudice tavolare non deve limitarsi – come di regola fa il Conservatore dei Registri Immobiliari – al mero controllo formale della regolarità dell'atto, ma deve anche verificare, quando si tratta di un atto di acquisto o della modificazione di un diritto tavolare, che lo stesso contenga una "valida causa".

La causa del negozio dispositivo con il quale è stabilito il trasferimento del bene risiede proprio nell'attuazione dello scopo del trust al quale il trasferimento è funzionale. Lo stesso Giudice Tavolare lo esplicita riconoscendo che "nel caso in esame, si è al cospetto di un atto istitutivo di un trust interno di scopo, il cui programma negoziale vale a costituire – al tempo stesso – il fine del trust e la giustificazione dell'atto di trasferimento immobiliare di cui si chiede pubblicità tavolare": la causa dell'atto dispositivo è da rinvenire, quindi, proprio nel "programma negoziale" dell'atto di trust.

§ 3. Il programma negoziale.

La vicenda che sta alla base del trust è piuttosto lineare.

La Fondazione ha inteso erogare una somma finalizzata all'ampliamento di un'ala dell'esistente scuola materna da destinare all'istituzione di un reparto lat-tanti.

L'immobile ove è sita la scuola materna fa parte del patrimonio indisponibile del Comune.

Come evidenziato "la Fondazione ha richiesto che venisse utilizzato uno strumento alternativo, diverso dalla mera erogazione dei fondi richiesti, che consentisse di superare gli ostacoli burocratici dell'amministrazione interna e, nel contempo, permettesse di dirigere effettivamente i fondi verso lo scopo prefissato"⁽⁹⁾.

In luogo di donare una somma di denaro al Comune, con la quale questi realizzi l'ampliamento della scuola materna, la Fondazione ha chiesto l'utilizzo del trust: un soggetto formalmente terzo che gestisca per il tempo necessario i beni conferiti (denari e immobili) ed a conclusione dei lavori trasferisca al Comune la nuova opera pubblica.

Tale strumento, infatti, consente – attraverso la gestione patrimoniale affidata ad un trustee e alla protezione del patrimonio ottenuto mediante l'effetto segregativo che caratterizza il fondo in trust – l'esecuzione dell'opera in totale autonomia rispetto ai due disponenti: la Fondazione con il conferimento della somma e il Comune con la cessione dell'immobile.

Il Giudice ha colto pienamente il programma negoziale posto in essere tra il Comune e la Fondazione che "con le rispettive dotazioni immobiliare e mobiliare, intendono perseguire lo scopo di realizzare un'area destinata all'accoglienza dei bambini da 3 a 12 mesi".

Tale programma negoziale sarà in grado di "consentire alle famiglie di usufruire di un nuovo servizio

Note:

(Continua nota 7)

provincia di Trieste) e una Fondazione Bancaria (la Fondazione Cassa di Risparmio di Trieste)" (A. Tonelli, Commento a Tribunale di Trieste. Decreto 23 settembre 2005, consultabile sul sito Internet di "Filodiritto" all'indirizzo <http://www.filodiritto.com>).

(8) L. Pellegrini, Trust interno e pubblicità tavolare, in questa Rivista, 2005, 569.

(9) G. Fanticini – A. Tonelli, Il giudice ha il compito di verificare che l'atto sia compatibile con il sistema [supra, nota 6], a p. 64.

Saggi

pubblico. Con il pieno trasferimento a suo favore della proprietà del bene immobile da modificare e degli importi di denaro da impiegare, il trustee viene investito di quanto gli serve per la realizzazione dello scopo, con precisi obblighi di rendicontazione, particolarmente puntuali a causa della natura pubblica del bene immobile e dell'entità dei fondi da impiegare. Le sue prerogative appaiono quelle tradizionalmente riconosciute in negozi del genere, con l'ovvio divieto – però – di alienare o diversamente gravare i beni in trust perché ciò determinerebbe l'irrealizzabilità del programma negoziale”.

§ 4. Il giudizio di meritevolezza.

Puntualizzato il programma negoziale, si tratta di verificare se esso sia realizzabile nel nostro ordinamento per mezzo del trust.

Lo stesso Giudice esplicita “i parametri cui si farà riferimento per l'apprezzamento del programma negoziale e quali siano i confini dello stesso giudizio di meritevolezza”.

Essi sono i medesimi del giudizio di liceità in concreto dello strumento prescelto ex art. 1322 cod. civ. “per vedere se con la sua adozione ci si sia proposti di derogare a norme imperative ed a principi generali. Per fare ciò, grazie alle prerogative riconosciute al giudice tavolare e di cui sopra si è detto, non ci si potrà limitare ad un apprezzamento in negativo, ma si dovranno altresì “ricostruire sistematicamente gli effetti” del negozio, per verificare se essi siano rapportabili a quelli previsti dall'ordinamento giuridico, e se si perseguano ulteriori obiettivi non altrimenti raggiungibili con gli strumenti ordinari [...]”.

In base a tali parametri il Giudice valuta favorevolmente il programma.

Secondo il Giudice “sembra del tutto intuibile” che i predetti fini negoziali “non risultano perseguibili in altro modo”, sia da parte del Comune che della Fondazione se non a mezzo dell'istituzione di un trust.

Testualmente afferma: “Quanto all'ente territoriale, la presumibile carenza di fondi, il vincolo posto dagli strumenti dell'evidenza pubblica, e tutte le implicazioni connesse alla gestione di fondi pubblici, determinerebbero un irrigidimento delle scelte progettuali ed esecutive, ed un ovvio allungamento dei tempi di realizzazione”(10).

Per il Giudice il fatto che il Comune, per realizzare autonomamente l'ampliamento della scuola do-

vrebbe adottare una procedura di gara d'appalto, con i tempi e le garanzie necessarie, sarebbe motivo sufficiente per istituire un trust(11).

Si tratta di affermazioni quantomeno discutibili.

Sostenere che l'evidenza pubblica(12) sia un vincolo procedimentale che una pubblica amministrazione possa superare liberamente per evitare rigidità progettuali, esecutive e temporali, non appare conforme al nostro ordinamento.

Né è affermazione veritiera quella per cui nel nostro ordinamento non sia perseguibile in altro modo lo scopo del trust, ad esempio, mediante un contratto di sponsorizzazione di cui si dirà appresso.

Infatti la mancanza originaria o sopravvenuta, come a seguito di un annullamento giudiziale, di una procedura ad evidenza pubblica – ogni volta che l'ordinamento la ritenga necessaria – travolge la successiva stipulazione dei contratti, i quali “dovranno ritenersi affetti da nullità per vizio genetico del consenso, “essendosi violate le norme attinenti alla fase di scelta del contraente che nei procedimenti di formazione dei contratti ad evidenza pubblica è regolata da norme di diritto pubblico e, pertanto, imperative, con la conseguente attrazione del contratto nell'ambito di operatività dell'art. 1418 primo comma cod. civ.” (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 5 marzo 2003, n. 1218) o da considerarsi comunque inefficaci, in quanto l'annullamento degli atti di affidamento ha determinato il venir meno, con effetti retroattivi, dei

Note:

(10) La stessa delibera del Comune di autorizzazione alla stipula del trust descrive l'obiettivo nella “realizzazione dell'ampliamento in tempi estremamente ridotti rispetto al normale iter procedurale”.

(11) Anche lo scopo della Fondazione “non poteva essere raggiunto neanche con la costituzione di una società strumentale, ai sensi dell'art. 3 del D. Lgs. 153/1999 e della successiva normativa di settore, e ciò in quanto il bene oggetto dell'intervento non è di proprietà o in disponibilità esclusiva della Fondazione stessa, bensì è bene pubblico”.

(12) Con l'espressione “evidenza pubblica” si descrive il procedimento amministrativo che accompagna la conclusione di contratti della pubblica amministrazione. Tale procedura è caratterizzata dalla presenza di atti amministrativi mediante i quali l'amministrazione rende note le ragioni di pubblico interesse che giustificano, in particolare, l'intenzione di contrattare, la scelta della controparte, la formazione del consenso. La formazione del contratto di ambito privatistico è quindi rimessa alla sola libera iniziativa delle parti, nel rispetto dei principi di correttezza e buona fede; in diritto amministrativo la formazione del contratto è, invece, preceduta da detto procedimento. Si tratta, quindi, di contratti che trovano nelle fonti di diritto pubblico una disciplina sostanziale specifica, che differisce da quella degli analoghi contratti di diritto privato. Fra tali contratti assumono particolare rilievo il contratto di appalto di lavori pubblici, il contratto di appalto di servizi ed il contratto di fornitura pubblica. Per un approfondimento sia consentito rinviare a: A. Lopez, *Gara (diritto italiano)*, in L. R. Perfetti (cur.), *Repertorio [supra]*, nota 4], 687.

presupposti legali che condizionano il contratto e provocato, con effetto caducante, la sua perdita di efficacia (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 5 maggio 2003, n. 2332)⁽¹³⁾.

Al di là dell'attuale dibattito sulla tipologia di vizio derivante dagli effetti dell'annullamento ovvero dell'originaria assenza di una procedura ad evidenza pubblica sul contratto stipulato⁽¹⁴⁾, quello che è certo è che la mancanza della procedura determina certamente l'invalidità del contratto.

Alla luce di quanto esposto se l'atto istitutivo del trust è finalizzato ad eludere le procedure ad evidenza pubblica andrebbe a violare norme inderogabili o principi dell'ordinamento tali per cui il Giudice non avrebbe potuto dichiarare che "l'atto istitutivo del trust non contiene poi pattuizioni che violino norme inderogabili specifiche o principi precettivi dell'ordinamento italiano".

§ 5. L'autonomia contrattuale della P.A.

Vero è che non sempre l'ordinamento richiede l'adozione di una procedura ad evidenza pubblica per la realizzazione di un'opera che rientri nel patrimonio indisponibile di una Pubblica Amministrazione⁽¹⁵⁾, specie se il finanziamento alla sua realizzazione proviene da un privato.

Tipico esempio è il contratto di sponsorizzazione⁽¹⁶⁾.

Infatti ai sensi dell'art. 119 ("Contratti di sponsorizzazione, accordi di collaborazione e convenzioni") del D. Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (c.d. Testo Unico sugli Enti Locali – "TUEL"), "in applicazione dell'articolo 43 della legge 27 dicembre 1997, n. 449, al fine di favorire una migliore qualità dei servizi prestati, i comuni, le province e gli altri enti locali indicati nel presente testo unico, possono stipulare contratti di sponsorizzazione ed accordi di collaborazione, nonché convenzioni con soggetti pubblici o privati diretti a fornire consulenze o servizi aggiuntivi".

La norma appena citata prevede che "al fine di favorire l'innovazione dell'organizzazione amministrativa e di realizzare maggiori economie, nonché una migliore qualità dei servizi prestati, le pubbliche amministrazioni possono stipulare contratti di sponsorizzazione ed accordi di collaborazione con soggetti privati ed associazioni, senza fini di lucro, costituite con atto notarile".

Tali iniziative "devono essere dirette al perseguimento di interessi pubblici, devono escludere forme

di conflitto di interesse tra l'attività pubblica e quella privata e devono comportare risparmi di spesa rispetto agli stanziamenti disposti [...]" (II comma).

Come è stato evidenziato "mediante la sponsorizzazione diventa possibile un sistema di acquisizione di utilità – nella fattispecie lavori od opere pubbliche – senza oneri per l'amministrazione, in cambio dell'utilizzo della vetrina pubblica e del conseguente beneficio di immagine per lo *sponsor*"⁽¹⁷⁾.

Infatti la legge quadro sui lavori pubblici (L. 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modifiche – c.d. "Legge Merloni") stabilisce, all'art. 2, VI comma, che "le disposizioni della presente legge, ad esclusione dell'articolo 8, non si applicano ai contratti di sponsorizzazione di cui all'articolo 119 del citato testo unico di cui al decreto legislativo n. 267 del 2000, ed

Note:

(13) Così da ultimo: T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 13 aprile 2004, n. 1451, consultabile sul sito Internet del T.A.R. Lombardia all'indirizzo <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

(14) Sull'argomento si rinvia a: C. Mucio, Effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto: la parola all'adunanza Plenaria, Urbanistica e appalti, 2004, 1057.

(15) È assolutamente condivisibile l'assunto nella decisione in commento secondo cui il conferimento in trust di un immobile appartenente al patrimonio indisponibile di un ente pubblico non incide sulla sua destinazione e, quindi, non costituisce elemento problematico. Infatti, secondo il Giudice, "Sembra ormai acquisito, in dottrina e giurisprudenza, che il bene patrimoniale indisponibile non sia una *res* di per sé insuscettibile di appartenere ad altri all'infuori della Pubblica Amministrazione, come accade per il demanio; è piuttosto un bene la cui strumentalità caratterizza e demarca i limiti della sua stessa commerciabilità, nel senso che di esso si può disporre l'attribuzione in godimento al privato ma solo nel rispetto del pubblico interesse, e sotto forma di un diritto condizionato" (Cass., Sez. Un., 22 novembre 1993, n. 11491, Mass. Giur. it., 1993, 280, sull'utilizzo della concessione-contratto). Orbene, il diritto tavolare trasferito in capo al trustee è caratterizzato da indubbia impronta proprietaria, ma è particolarmente conformato, è funzionalmente vincolato al perseguimento dello scopo, oltre ad essere temporalmente e condizionatamente delimitato. Infatti la vicenda traslativa non trova altra giustificazione se non quella della sua totale ed assorbente tensione alla realizzazione finale del programma negoziale; il bene trasferito non può essere diversamente utilizzato, non può essere alienato o diminuito, ed il suo temporaneo e condizionato passaggio di proprietà non determina la diminuzione o la cessazione dell'attività pubblica, che viene disimpegnata nella parte di asilo non interessata dai lavori: l'alienazione non è quindi di ostacolo, ma è finalizzata alla migliore futura realizzazione dell'interesse pubblico". In dottrina si veda: G. Taccogna, Beni in trust e patrimonio indisponibile delle pubbliche amministrazioni, in questa Rivista, 2002, 17.

(16) Si intende per sponsorizzazione il contratto innominato, consensuale, a titolo oneroso e a prestazioni corrispettive, a mezzo del quale un soggetto detto *sponsor* offre le proprie prestazioni all'altro soggetto della vicenda detto *sponsee*, il quale si obbliga verso il primo a veicolare il logo/marchio durante lo svolgimento di determinate attività. Così: A. Amato, Contratto di sponsorizzazione, in G. Cassano (cur.), L'attività contrattuale [*supra*, nota 3], a p. 619.

(17) A. Massari, Appalti e contratti, Rimini, 2005, p. 147.

Saggi

all'articolo 43 della legge 27 dicembre 1997, n. 449, ovvero ai contratti a questi ultimi assimilabili, aventi ad oggetto interventi di cui al comma 1" e cioè "le attività di costruzione, demolizione, recupero, ristrutturazione, restauro e manutenzione di opere ed impianti, anche di presidio e difesa ambientale e di ingegneria naturalistica [...]" (I comma)(18).

L'unica norma che deve essere applicata anche dallo *sponsor* è quella relativa alla qualificazione delle imprese esecutrici di lavori pubblici di cui all'art. 8 della Legge Merloni e del regolamento attuativo di cui al D. P. R. 25 gennaio 2000, n. 34(19).

Più in generale bisogna riconoscere in capo all'Amministrazione – la cui azione deve essere volta al perseguimento dei fini stabiliti dalle leggi – una capacità autonoma nel reperire all'esterno risorse progettuali ed economiche con possibilità di risparmio delle proprie(20).

Per cui nulla vieta ad una Pubblica Amministrazione – nel perseguimento dei fini pubblici – di accedere ad un accordo con un soggetto privato finanziatore. Ciò che non è ammissibile – a mio avviso – è che l'accesso a tale strumento sia giustificato dai tempi e costi dell'evidenza pubblica, bensì proprio sulla base di un accordo con il privato.

Detto in altre parole, una Pubblica Amministrazione può certamente farsi finanziare un'opera pubblica da un privato e un soggetto privato può certamente condizionare il suo finanziamento alla istituzione di un trust, nell'esercizio di una propria piena autonomia contrattuale(21), ma anche nel rispetto delle procedure di evidenza pubblica.

È peraltro opportuno che l'Amministrazione si doti di garanzie non solo con riferimento alla retrocessione del bene (nella specie la parte di immobile ceduto in trust) alla conclusione delle opere(22), ma anche in relazione all'esecuzione dei lavori stessi.

In particolare – così come sopra illustrato in riferimento al contratto di sponsorizzazione – meglio sarebbe stato obbligare il trustee a procedere all'esecuzione dei lavori con impresa qualificata, ai sensi della disciplina sui lavori pubblici, onde essere certi che l'impresa avesse le caratteristiche tecnico-economiche e fosse in grado di eseguire e concludere adeguatamente i lavori.

§ 6. Conclusioni.

In conclusione, si auspica che l'istituto del trust venga sempre più utilizzato, anche da parte delle

Pubbliche Amministrazioni, in quanto appare strumento idoneo per acquisire competenze, conoscenze, finanziamenti, garanzie e migliori risultati economici e gestionali da parte delle Pubbliche Amministrazioni medesime.

La speranza è che tale strumento non venga invece utilizzato con leggerezza, al solo fine di velocizzare i tempi di realizzazione delle opere pubbliche, dimenticando le procedure poste dalla legge a tutela della partecipazione e della trasparenza amministrativa, e così rischiando di perdere quelle connotazioni, quelle caratteristiche e (perché no) anche quella dignità che invece sono proprie di tale strumento.

Note:

(18) L'Autorità per i lavori pubblici è intervenuta nella materia dapprima con la determinazione n. 24 del 5 dicembre 2001 e, successivamente, con il parere del 31 gennaio 2002, ribadendo, tra l'altro, che all'affidamento di contratti di sponsorizzazione non si applica la normativa sugli appalti di lavori pubblici in quanto non rientrano nella classificazione giuridica dei contratti passivi. Sull'argomento A. Massari, Appalti e contratti [*supra*, nota 17], p. 147.

(19) Per la realizzazione di lavori o di opere a carico dello *sponsor* non occorre esperire una gara ad asta pubblica o licitazione privata con i criteri della legge quadro; tuttavia l'impresa che segue i lavori deve essere comunque qualificata ai sensi della vigente disciplina (D. P. R. 25 gennaio 2000, n. 34) e dunque possedere i requisiti generali e speciali in relazione alle tipologie di lavorazioni necessarie per la realizzazione delle opere o dei lavori.

(20) Come è stato correttamente osservato, permane a tutt'oggi la "difficoltà di accettare culturalmente che la pubblica amministrazione, anche autonoma locale, compia passi non tipizzati e non prestabiliti nei fini dalle leggi specifiche, ma autonomi verso questa direzione, appena suggerita e tratteggiata dalle norme primarie" (A. Amato, Contratto di sponsorizzazione [*supra*, nota 16], a p. 611).

(21) Sulle condizioni di impiegabilità di un trust nell'attività *iure privatorum* della Pubblica Amministrazione e sui presupposti per un suo impiego proficuo, si veda: G. De Candia, Il trust e l'azione amministrativa pubblica [*supra*, nota 2], p. 39 s.

(22) Il Giudice ha verificato che secondo la disciplina dell'atto questa "retrocessione" è garantita. Infatti il bene trasferito non può essere diversamente utilizzato, non può essere alienato o diminuito, ed il suo temporaneo e condizionato passaggio di proprietà non determina la diminuzione o la cessazione dell'attività pubblica, che viene disimpegnata nella parte di asilo non interessata dai lavori.

L'iscrizione tavolare del diritto in favore del trustee

di Lorenzo Pellegrini

SOMMARIO: § 1. Premessa. – § 2. Ammissibilità del trust interno e della sua trascrizione. – § 3. Compatibilità con il sistema tavolare e modalità dell'iscrizione. – § 4. Controllo del giudice tavolare. – § 5. Effetti dell'iscrizione.

§ 1. Premessa.

Il decreto del Tribunale di Trieste qui commentato riconosce, in conformità all'orientamento ormai assolutamente dominante, l'astratta ammissibilità di un trust interno e, con motivazione assai approfondita e lineare, dispone la pubblicità tavolare dell'acquisto immobiliare, da eseguirsi nella forma dell'intavolazione direttamente a nome del trustee, in quanto tale accompagnata dall'annotazione degli elementi accidentali tipici (termine, condizione) contenuti nell'atto istitutivo del trust(1).

La decisione suscita notevole interesse sia per la fattispecie esaminata, del tutto peculiare, sia per i profili strettamente tavolari della soluzione adottata.

In particolare, il trust sottoposto al vaglio del Giudice vede come protagonisti una fondazione bancaria ed un Comune, i quali si sono proposti lo scopo di realizzare, con i fondi erogati dalla fondazione, l'ampliamento dell'ala di una scuola materna da destinare all'istituzione di un reparto per i neonati; poiché però il finanziatore esige che il capitale erogato sia destinato integralmente a tale finalità, senza "dispersi" nel patrimonio dell'ente pubblico, e poiché quest'ultimo, d'altro canto, preferisce ricevere direttamente l'opera (dopo averne dettato, con il progetto esecutivo, le caratteristiche) senza dover gestire le fasi dell'affidamento e del controllo dei lavori, viene convenuto di affidare ad un trustee la gestione dell'intera operazione in modo indipendente da entrambi gli enti coinvolti. A tal fine, da un lato la fondazione trasferisce al nominato trustee il capitale necessario a realizzare l'opera (secondo i dettami dell'ente pubblico) e, dall'altro, il Comune trasferisce allo stesso soggetto la proprietà dell'immobile da ampliare con la realizzazione dell'opera progettata. Quest'ultimo trasferimento viene, ovviamente, accompagnato dall'obbligo del trustee di ritrasferire la

proprietà al Comune non appena realizzata l'opera (e comunque entro il termine massimo di due anni, salvo il verificarsi di una serie di condizioni risolutive) e dal divieto assoluto di svolgere qualsiasi attività diversa da quella contemplata come scopo del trust. Viene nominato un guardiano e prescelta, come legge regolatrice del trust, la Trust Jersey Law 1984 as amended 1996, la quale espressamente consente – a differenza della legge inglese – il trust di scopo, non caritatevole, senza beneficiari diretti del bene in trust.

§ 2. Ammissibilità del trust interno e della sua trascrizione.

Il primo e pregiudiziale profilo affrontato dal Giudice prima di accordare la richiesta pubblicità tavolare è quello dell'ammissibilità stessa del trust interno, della figura, cioè, in cui tutti i soggetti coinvolti sono italiani, i beni che ne costituiscono l'oggetto sono collocati in Italia, mentre l'unico elemento di estraneità con l'ordinamento italiano è rappresentato dalla disciplina applicabile, costituita da regole contenute nella legge straniera scelta dal disponente ai sensi dell'art. 6 della Convenzione de L'Aja.

Si tratta di una questione pregiudiziale perché, come è ben noto, nel sistema tavolare, a differenza di quanto accade nel sistema della trascrizione, l'iscrizione può essere concessa dal giudice tavolare solo previa verifica della sussistenza di tutti i requisiti, sia formali che sostanziali, del titolo(2): è allora eviden-

Note:

Lorenzo Pellegrini è ricercatore di diritto civile dell'Università di Trieste.

(1) Trib. Trieste, 23 settembre 2005, in questa Rivista, 2006, 83.

(2) Il sistema tavolare è, invero, retto dal principio di legalità, in forza del quale ogni iscrizione nel libro fondiario deve necessariamente costituire l'esito di un procedimento davanti al giudice tavolare (art. 102, I comma, l. tav.), ed ogni iscrizione è dallo stesso giudice accordata con apposito decreto solo dopo la verifica, a norma degli artt. 26-27 e 94 l. tav., della sussistenza di tutti i requisiti sia formali che sostanziali del titolo. In particolare, il giudice tavolare non deve limitarsi, come deve di regola il conservatore dei registri immobiliari, al mero controllo formale della regolarità dell'atto, ma deve altresì verificare, fra l'altro, che l'atto, quando si

(Segue)

Saggi

te che, se si ritenesse il trust interno non riconosciuto dal nostro ordinamento, la pubblicità nel libro fondiario dovrebbe *a priori* essere negata dal giudice nell'esercizio del citato potere di controllo.

A tale riguardo, mentre è opinione indiscussa che, in seguito all'entrata in vigore della legge 16 ottobre 1989, n. 364 (Ratifica ed esecuzione della Convenzione sulla legge applicabile ai trusts e sul loro riconoscimento, adottata a L'Aja il 1° luglio 1985, entrata in vigore il 1° gennaio 1992), siano ammissibili i trust stranieri, caratterizzati da elementi di estraneità ulteriori rispetto alla legge regolatrice (per esempio perché i beni che ne formano oggetto si trovano all'estero, o perché qui si colloca la nazionalità o la residenza del disponente, del trustee o dei beneficiari), gravi dubbi sono invece sorti, soprattutto in dottrina, in ordine alla possibilità per un cittadino italiano di istituire un cosiddetto trust interno, per tale intendendosi, come accennato prima, un trust estraneo al nostro ordinamento per il solo profilo della disciplina applicabile, costituita da regole contenute nella legge straniera scelta dal disponente ai sensi dell'art. 6 della Convenzione, mentre tutti gli elementi soggettivi ed oggettivi sono connessi al territorio dello Stato⁽³⁾.

In proposito, parte della dottrina ha riconosciuto alla Convenzione un'efficacia limitata all'ambito del diritto internazionale privato, nel senso che scopo di essa dovrebbe essere unicamente quello di dirimere i conflitti fra leggi: stando a tale impostazione, la Convenzione in questione, pur prevedendo il riconoscimento del trust, e dei conseguenti effetti segregativi del patrimonio, potrebbe applicarsi nei soli casi in cui vi siano elementi di estraneità con l'ordinamento italiano, e ciò anche alla luce del principio di ordine pubblico, posto dall'art. 2740 cod. civ., secondo cui non sarebbero ammessi nel nostro sistema istituti volti ad ottenere, ad opera dell'autonomia privata, la limitazione della responsabilità del debitore e, quindi, a dare vita a patrimoni segregati⁽⁴⁾.

L'orientamento prevalente è invece nel senso che la Convenzione ben consente che vi sia il riconoscimento di un trust i cui elementi soggettivi ed oggettivi siano tutti connessi all'ordinamento italiano, a condizione che la legge regolatrice prescelta dal disponente appartenga ad un ordinamento straniero che disciplini al suo interno l'istituto del trust: si ritiene, pertanto, che la legge regolatrice prescelta – come consente l'art. 6 della Convenzione – costitui-

sca l'unico elemento di estraneità sufficiente a giustificare l'applicazione della Convenzione ed il ricono-

Note:

(Continua nota 2)

tratta dell'acquisto o della modificazione di un diritto tavolare, contenga una "valida causa" (art. 26, II comma, l. tav.). L'attribuzione al giudice del compito di accertare la legalità della richiesta segnalazione pubblicitaria si riconnette, con tutta evidenza, all'effetto sostanziale della pubblica fede sull'esistenza della vicenda che forma oggetto dell'iscrizione, nel senso che ciò che appare nel libro fondiario si presume corrispondente all'effettivo diritto sostanziale. Sul contenuto del potere di controllo del giudice tavolare, v. G. Gabrielli – F. Tommaso, Commentario alla Legge tavolare, Milano, 1999, p. 379 s. e p. 714 s.

(3) M. Lupoi, Osservazioni su due recenti pronunce in tema di trust, Riv. not., 2004, 568; in questa Rivista, 2004, 362; in argomento v. altresì G. Broggin, "Trust" e fiducia nel diritto internazionale privato, Europa e dir. priv., 1998, 399, il quale ne individua (a p. 411) la "fattispecie esemplare" nel "trust costituito da un *settlor* italiano residente in Italia, posto sotto il controllo di un trustee italiano residente in Italia, che gestisce beni situati in Italia nell'interesse di un beneficiario italiano residente in Italia, assoggettato per volontà esplicita del costituente al diritto inglese".

(4) Cfr. F. Gazzoni, Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista "non vivente" su trust e trascrizione), Riv. not., 2001, 11, a p. 18 s.; Id., In Italia tutto è permesso, anche quello che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul trust e su altre bagattelle), ivi, 1247; G. Broggin, Il trust nel diritto internazionale privato, in I. Beneventi (cur.), I trust in Italia oggi, Milano, 1996, 11; C. Castronovo, Il trust e "sostiene Lupoi", Europa e dir. priv., 1998, 441; S. Mazzamuto, Il trust nell'ordinamento italiano dopo la Convenzione dell'Aja, Vita not., 1998, I, 754; L. Ragazzini, Trust "interno" e ordinamento giuridico italiano, Riv. not., 1999, 279. A sostegno dell'impostazione indicata nel testo si invoca altresì l'art. 13 della stessa Convenzione ("Nessuno Stato è tenuto a riconoscere un trust i cui elementi importanti, ad eccezione della scelta della legge da applicare, del luogo di amministrazione e della residenza abituale del trustee, sono più strettamente connessi a Stati che non prevedono l'istituto del trust o la categoria del trust in questione"), osservandosi che la norma in questione, in difetto di apposita disposizione di adattamento ordinario, consentirebbe al giudice di negare il riconoscimento "nei casi in cui nessuno degli elementi significativi del trust presenti caratteri di estraneità rispetto all'ordinamento italiano" (così Trib. Belluno, 25 settembre 2002, Riv. not., 2002, 1538, in motivazione; in questa Rivista, 2003, 255; Foro it., 2003, I, 637; Giur. merito, 2003, 1688; Studium iuris, 2003, 520; Nuova giur. civ., 2003, I, 329). A tale riguardo, si è però efficacemente replicato che "la stessa previsione dell'art. 13 relativa alla facoltà concessa agli Stati di escludere il riconoscimento degli effetti dei c.d. trust interni sta proprio a significare che, almeno in linea di principio, i trust interni sono compresi nell'ambito di applicazione della disciplina di cui alla Convenzione dell'Aja" (in questi termini S. Carbone, Trust interno e legge straniera, in M. Dogliotti – A. Braun (curr.), Il trust nel diritto delle persone e della famiglia, Milano, 2003, 25, a p. 28, il quale poi aggiunge che potrà essere negato il riconoscimento di un trust interno "nei soli casi in cui la scelta del trust e della sua legge regolatrice risulta operata al fine di sottrarre abusivamente, e senza legittime giustificazioni, la situazione relativamente alla quale è destinato ad operare il trust alla legge che sarebbe ad essa applicabile secondo il normale funzionamento delle norme di diritto internazionale privato"). In altra prospettiva, si individua la ragione giustificatrice di qualsiasi trust interno nella necessità che la segregazione di una posizione giuridica soggettiva sia volta a tutelare un interesse lecito e meritevole che non sia altrimenti tutelabile con i nostri strumenti civilistici (M. Lupoi, Osservazioni [supra, nota 3], a p. 568 s.; Id., Lettera a un notaio conoscitore dei trust, Riv. not., 2001, I, 1159; in questa Rivista, 2002, 169), con conseguente irricoscibilità del trust nei casi in cui il programma enunciato dal disponente nell'atto istitutivo contrasti con norme imperative del diritto italiano.

scimento del trust interno(5). Quanto alla affermata violazione dell'art. 2740 cod. civ., si replica che – ferma ovviamente restando, per i creditori del disponente, la possibilità di ricorrere allo strumento revocatorio contro l'atto di disposizione in favore del trustee – l'art. 11 della Convenzione, introducendo una norma sostanziale uniforme in ordine all'effetto segregativo, configura “una ennesima limitazione legislativa della responsabilità patrimoniale disposta dalla norma codicistica”(6).

Sul problema in questione la giurisprudenza ha invece dimostrato assai minori incertezze della dottrina, come è testimoniato dal fatto che, con l'eccezione di qualche isolata pronuncia, l'ammissibilità del trust interno viene ormai data per acquisita, tanto risulta anche dal provvedimento qui commentato(7). Correttamente si evidenzia, infatti, come sarebbe paradossale – oltre che incostituzionale per irragionevolezza intrinseca e per disparità di trattamento – ritenere che l'ordinamento italiano volesse pervenire al riconoscimento in Italia di trust istituiti da stranieri con legge straniera aventi ad oggetto beni siti in Italia e, al contrario, intendesse disconoscere trust aventi le medesime caratteristiche istituiti dai propri cittadini(8).

Tuttavia, ritenere ammissibile e riconosciuto dal nostro ordinamento il trust interno non significa automaticamente che esso, qualora abbia per oggetto beni immobili, sia trascrivibile o, per ciò che qui ci riguarda direttamente, iscrivibile nel libro fondiario.

Anzi, il tema della pubblicità immobiliare del trust è fra quelli più controversi a seguito della ratifica della Convenzione de L'Aja; il dibattito, dai toni talvolta anche accesi, si è incentrato in particolare sulla trascrivibilità della vicenda di cui ci occupiamo, ed ha un risvolto pratico della massima importanza: quando infatti il trust abbia per oggetto beni immobili, la trascrizione diventa condizione essenziale per rendere opponibile ai creditori personali del trustee l'effetto segregativo previsto dall'art. 11 della Convenzione, essendo evidente che, in difetto di trascrizione, non potrebbe verificarsi tale effetto perché non è ammissibile nel nostro sistema l'opponibilità a terzi di un fatto occulto, e verrebbe conseguentemente a cadere qualsiasi effetto pratico del riconoscimento che l'Italia ha operato dell'istituto del trust con l'adesione e la successiva ratifica della Convenzione(9).

Più in particolare, il contrasto riguarda non già l'indiscussa circostanza secondo cui il trustee, al quale il disponente abbia trasferito un bene immobile per

l'attuazione del programma previsto nell'atto istitutivo, abbia l'onere di trascrivere il proprio acquisto della proprietà a norma dell'art. 2643, n. 1, cod. civ., con gli effetti di cui all'art. 2644 cod. civ. (con conseguente opponibilità del trasferimento nei confronti dei creditori e degli aventi causa dal disponente che

Note:

(5) In senso favorevole all'ammissibilità della figura in questione v., nell'ampissimo panorama bibliografico al riguardo, almeno M. Lupoi, I trust nel diritto civile, Vita not., 2003, II, 605, il quale evidenzia che l'opinione contraria legge nell'art. 6 della Convenzione parole che esso non ha: “Il trust è regolato dalla legge scelta dal disponente, purché egli appartenga a uno Stato che conosce il trust”; S. Carbone, Trust interno [supra, nota 4], a p. 28; A. Palazzo, Autonomia privata e trust protettivi, in questa Rivista, 2003, 192, a p. 195; F. Di Ciommo, Ammissibilità del “trust” interno e giustificazione causale dell'effetto traslativo, Foro it., 2004, I, 1296; Id., Per una teoria negoziale del trust (ovvero perché non possiamo farne a meno), Corriere giur., 1999, 630 (prima parte); ivi, 773 (seconda parte); G. De Nova, Trust: negozio istitutivo e negozi dispositivi, in questa Rivista, 2000, 162; R. Montinaro, Trust e negozio di destinazione allo scopo, Milano, 2004, p. 66 s.; F. M. Giuliani, Il trust “interno” (regolato da una “legge trust”) e la Convenzione dell'Aja, Contratto e impr., 2003, 433.

(6) In questi termini, A. Gambaro, Trust e trascrizione, in questa Rivista, 2002, 346, a p. 349; nello stesso senso, v., altresì, P. Manes, Trust e art. 2740 c.c.: un problema finalmente risolto, Contratto e impr., 2002, 570; S. Carbone, Trust interno [supra, nota 4], a p. 34 s.; F. Di Ciommo, Ammissibilità [supra, nota 5], a p. 1297; M. Lupoi, I trust nel diritto civile [supra, nota 5], a p. 605 s. e a p. 612 s.; Id., Lettera [supra, nota 4], a p. 1165 s., ad avviso del quale da un lato il II comma dell'art. 2740 cod. civ. non enterebbe in rilievo per il motivo che riguarda le “limitazioni della responsabilità” e, dall'altro, la fonte della segregazione è da rinvenirsi negli artt. 2 e 11 della Convenzione, la quale, ratificata in forza di legge, non deroga all'art. 2740 cod. civ., ma introduce una disposizione diversa per fattispecie diverse. In argomento, v. altresì l'approfondito studio di G. Tucci, Trust, concorso dei creditori e azione revocatoria, in questa Rivista, 2003, 24.

(7) Fra le più recenti decisioni che, senza limitarsi a dare implicitamente per presupposta l'ammissibilità del trust interno, sono motivatamente favorevoli, v. Trib. Bologna, 18 aprile 2000, in questa Rivista, 2000, 372; Trib. Pisa, 22 dicembre 2001, in questa Rivista, 2002, 241; Trib. Bologna, 1° ottobre 2003, Vita not., 2003, 1297; in questa Rivista, 2004, 67; Trib. Brescia, 12 ottobre 2004, in questa Rivista, 2005, 83. Per un dettagliato panorama giurisprudenziale, v. L. Santoro, I traguardi della giurisprudenza italiana in materia di trust, Vita not., 2003, 1298; in questa Rivista, 2004, 373; M. Lupoi, Osservazioni [supra, nota 3], a p. 568 s.; M. L. Mingrone, Panorama della giurisprudenza italiana sui trust, in questa Rivista, 2001, 216; Id., La giurisprudenza italiana sui trust. Un ulteriore passo verso il riconoscimento dell'istituto, in questa Rivista, 2002, 381. Contra, v. Trib. Belluno, 25 settembre 2002 [supra, nota 4]; Trib. Santa Maria Capua Vetere, 14 luglio 1999, in questa Rivista, 2000, 251.

(8) Per questa argomentazione v., oltre al decreto in esame, Trib. Bologna, 1° ottobre 2003 [supra, nota 7], in motivazione; Trib. Trento, Sez. Distaccata Cavalese, 20 luglio 2004, in questa Rivista, 2004, 573. Nello stesso senso, v. anche M. Lupoi, I trust nel diritto civile [supra, nota 5], a p. 613, il quale evidenzia che, ad accogliere l'opinione contraria, dovrebbe inaccettabilmente sancirsi un nuovo tipo di incapacità (quella di essere trustee) riguardante i soli cittadini italiani. Contra, F. Gazzoni, Tentativo dell'impossibile [supra, nota 4], a p. 19.

(9) Trib. Bologna, 18 aprile 2000 [supra, nota 7]. Conforme: A. Palazzo, Pubblicità immobiliare ed opponibilità del trust, in questa Rivista, 2002, 337.

Saggi

abbiano trascritto successivamente), ma la possibilità di trascrivere a nome del trustee in quanto tale.

A tale proposito, l'art. 12 della Convenzione de L'Aja (secondo cui "Il trustee che desidera registrare i beni mobili e immobili [...] avrà facoltà di richiedere la iscrizione nella sua qualità di trustee o in qualsiasi altro modo che riveli l'esistenza del trust, a meno che ciò non sia vietato o incompatibile a norma della legislazione dello Stato nel quale la registrazione deve aver luogo") ha formato oggetto, come è noto, di due contrapposti orientamenti.

Secondo alcuni, invero, dovrebbe escludersi, sulla semplice base del citato art. 12, la trascrizione della qualità di trustee, dal momento che essa violerebbe il principio della tipicità della trascrizione. Più in particolare, si evidenzia come a norma degli artt. 2643 e 2645 cod. civ. sia bensì consentita la trascrizione anche di atti non esplicitamente menzionati nell'elenco contenuto nell'art. 2643 cod. civ., ma solo quando tali atti producono i medesimi effetti di quelli elencati in tale norma; e dal momento che gli effetti segregativi del trust non sono identici ad alcuno di quelli prodotti dagli atti di cui all'art. 2643 cod. civ., ne rimarrebbe inibita ogni forma di pubblicità immobiliare(10).

Secondo l'orientamento oggi assolutamente dominante, invece, il menzionato art. 12 della Convenzione, nel consentire al trustee di "richiedere la iscrizione della sua qualità di trustee o in qualsiasi altro modo [...]" sarebbe da ritenersi a tal fine sufficiente, dal momento che la ratifica della Convenzione avrebbe comportato, di per sé e da sola, l'acquisizione nel sistema di un'altra espressa previsione di trascrizione consentita; con diverse argomentazioni si evidenzia, inoltre, da un lato il superamento del principio di tassatività della trascrizione e, dall'altro, l'analogia esistente fra il trust ed il fondo patrimoniale, con conseguente ammissibilità della trascrizione ai sensi dell'art. 2647 cod. civ.(11).

Sulla stessa scia si pone il decreto qui commentato, il quale, partendo dal principio secondo cui "tutto ciò che limita e comprime strutturalmente il diritto reale deve essere suscettibile di pubblicità", precisa espressamente che "l'art. 12 della Convenzione opera direttamente nel tessuto normativo interno".

§ 3. Compatibilità con il sistema tavolare e modalità dell'iscrizione.

Mentre però nel campo della trascrizione il tema

è stato ampiamente discusso e, come si è visto, per lo più risolto in senso favorevole alla pubblicità del trust, assai meno attenzione è stata dedicata, com'è inevitabile a causa della sua limitata estensione territoriale, al sistema tavolare.

Occorre pertanto anzitutto verificare se in tale sistema non sussistano ostacoli capaci di impedire la segnalazione, nel libro fondiario, della qualità di trustee dell'acquirente.

Sull'argomento, esistono – oltre al decreto qui commentato – tre soli precedenti giurisprudenziali:

1) il primo, ormai notissimo in materia per essere stato pubblicato (e criticato) in più sedi, è quello del Tribunale di Belluno, il quale, con ordinanza del 25 settembre 2002, pronunciata in sede di reclamo contro il decreto di rigetto del Giudice Tavolare di Cortina d'Ampezzo, ha negato la compatibilità del trust interno immobiliare sia, in generale, con l'ordinamento italiano sia, in particolare, con il sistema tavolare(12);

2) il secondo è un decreto del Giudice Tavolare del Tribunale di Trento – Sezione distaccata di Cavalese, del 20 luglio 2004, il quale ha invece disposto, relativamente però ad un cosiddetto trust interno auto-dichiarato, l'annotazione, nel foglio B, della

Note:

(10) F. Gazzoni, Il cammello, il leone, il fanciullo e la trascrizione del trust, Riv. not., 2002, I, 1107, a p. 1112 s., ad avviso del quale, sul piano delle modalità trascrittive, "scrivere nel quadro D che l'acquirente è un trustee determina lo stesso risultato che determinerebbe altra segnalazione che, ad esempio, rendesse pubblico il fatto che egli assomiglia a Van Gogh [...]". In argomento v. anche G. Gallizia, Trattamento tributario dell'atto dispositivo in un trust di beni immobili, in questa Rivista, 2001, 147, il quale, sulla base della premessa per cui la trascrizione del trust immobiliare deve avvenire in modo tale che sia il trasferimento al trustee, sia il conseguente vincolo di segregazione, risultino immediatamente visibili dall'esame dei Registri Immobiliari (ciò che non avviene se il riferimento al trust è contenuto soltanto nel quadro D della nota, giacché le informazioni di detto quadro non risultano dalla visura meccanizzata ma sono oggetto di un semplice richiamo), perviene poi all'opposta conclusione che "il trasferimento di beni al trustee debba essere oggetto di una doppia trascrizione, la prima dal disponente al trustee, la seconda contro il trustee".

(11) In giurisprudenza v., fra le altre, Trib. Verona, 8 gennaio 2003, in questa Rivista, 2003, 409 s.; Trib. Pisa, 22 dicembre 2001 [*supra*, nota 7]; Trib. Bologna, 18 aprile 2000 [*supra*, nota 7]. In dottrina, cfr. A. Gambaro, Trust e trascrizione [*supra*, nota 6], a p. 346 s.; Id., Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV Convenzione dell'Aja, Riv. dir. civ., 2002, II, 257; A. Palazzo, Pubblicità immobiliare [*supra*, nota 9], a p. 337 s.; F. Steidl, Trascrizione di atti attributivi di beni immobili ad un trust – I, in questa Rivista, 2002, 350; M. L. Cenni, Trascrizione di atti attributivi di beni immobili ad un trust – II, *ivi*, 355; G. Gallizia, Trascrizione di atti attributivi di beni immobili ad un trust – III, 362. Per un esauriente panorama giurisprudenziale al riguardo, v. altresì L. Santoro, I traguardi [*supra*, nota 7], a p. 1311 s.

(12) Trib. Belluno, 25 settembre 2002 [*supra*, nota 4].

istituzione in trust del corpo tavolare che ne costituisce l'oggetto(13);

3) l'ultimo in ordine di tempo è un decreto del Giudice Tavolare del Tribunale di Trento, Sezione Distaccata di Cles, del 7 aprile 2005, il quale ha disposto l'intavolazione del diritto di proprietà in favore dell'acquirente e la contestuale annotazione, a carico dell'immobile acquistato, della "costituzione in trust ai sensi dell'art. 11 della L. 368/89 e dell'atto istitutivo di trust"(14).

La scarsa giurisprudenza tavolare precedente al decreto che si commenta si è quindi pronunciata in più direzioni: in senso contrario *tout court* alla pubblicità a Belluno; in senso favorevole, sia con riguardo al cosiddetto trust auto-dichiarato che con riguardo alla struttura "classica" del trust, a Trento.

Al fine di esaminare più da vicino la compatibilità con il sistema tavolare, è però necessario trattare separatamente le due figure, giacché, almeno a mio avviso, per il trust auto-dichiarato valgono considerazioni parzialmente diverse, già in altra occasione illustrate(15).

Ora ci si riferirà pertanto allo schema classico di trust, nel quale, cioè, un soggetto, detto disponente o *settlor*, nomina un altro soggetto quale trustee, trasferendogli uno o più beni determinati con il compito di amministrarli nell'interesse di un beneficiario o per uno scopo specifico (come previsto dall'art. 2 della Convenzione).

Sul piano della compatibilità astratta con il diritto tavolare, non pare ravvisabile alcun ostacolo alla iscrivibilità nel libro fondiario, dove anzi vige il principio, dettato dall'ultimo comma dell'art. 12 del R. D. 28 marzo 1929, n. 499, della piena espandibilità al sistema tavolare di tutte le norme di diritto comune previste per la pubblicità dei registri immobiliari.

Ed allora, dal momento che l'orientamento ormai assolutamente prevalente considera, come si è visto, che la legge di ratifica della Convenzione abbia comportato l'acquisizione nel sistema di un'altra espressa previsione di trascrizione consentita, altrettanto deve ritenersi per il sistema tavolare, dove il problema che deve quindi porsi non è quello della possibilità o no di rendere pubblico nel libro fondiario l'acquisto del trustee, ma quello di vedere quale tipo di segnalazione debba all'uopo eseguirsi.

In altri termini, una volta che si ritiene che nel nostro ordinamento la legge di ratifica abbia introdotto, con l'art. 12 della Convenzione, una nuova fattispecie suscettibile di pubblicità e che mancano

disposizioni espresse che configurino un divieto di rendere pubblico il trust, il problema della compatibilità astratta con il diritto tavolare è da ritenersi superato, ed occorre allora stabilire come debba in concreto segnalarsi nel libro fondiario la vicenda che ci riguarda.

A tale proposito, assume decisivo rilievo una fondamentale norma della legge tavolare, ed in particolare l'art. 20, lett. h), secondo cui qualsiasi atto o fatto che secondo il sistema di diritto comune può formare oggetto di trascrizione deve formare, nel libro fondiario, oggetto di annotazione o, trattandosi di fattispecie produttiva di vicende di diritti reali, di intavolazione(16).

Ed allora, dal momento che con il trust immobiliare si verifica certamente, in favore del trustee, un trasferimento della proprietà ad opera del disponente, non pare revocabile in dubbio che in tal caso debba eseguirsi un'intavolazione(17).

Note:

(13) Trib. Trento, Sez. Distaccata Cavalese, 20 luglio 2004 [*supra*, nota 8], 573, e il commento di L. Pellegrini, Trust interno e pubblicità tavolare, in questa Rivista, 2005, 565.

(14) Trib. Trento, Sez. Distaccata Cles, 7 aprile 2005, in questa Rivista, 2005, 406.

(15) Sia consentito di rinviare, sul punto, a L. Pellegrini, Trust interno e pubblicità tavolare [*supra*, nota 13], a p. 572 s.

(16) Si tratta di una norma di chiusura, diretta a garantire omogeneità fra i due sistemi pubblicitari, nel senso che ciò che forma oggetto di trascrizione deve formare oggetto, nel libro fondiario, o di annotazione o di intavolazione. Regime tavolare e regime della trascrizione debbono quindi avere, pur nella profonda diversità degli strumenti tecnici, una sfera di applicazione tendenzialmente uguale. In argomento, v. M. Dolzani, Il trust nel sistema pubblicitario del libro fondiario, in questa Rivista., 2003, 567, secondo cui la lettera di tale norma escluderebbe, una volta superato con esito favorevole l'esame di compatibilità, la necessità dell'ulteriore verifica, prevista invece dall'art. 2645 cod. civ., secondo cui la pubblicità di atti diversi da quelli elencati dall'art. 2643 cod. civ. è consentita solo ove quelli producano "i medesimi effetti" di questi ultimi; il che, secondo l'autore, consentirebbe di ritenere che "a rigore, l'eccezione mossa da quella parte della dottrina che ricorda come la regola dell'art. 2645 impedisce comunque la pubblicità per gli atti che producono effetti diversi rispetto a quelli indicati nell'art. 2643, non è pertinente per il regime tavolare".

(17) Come ha correttamente precisato il decreto qui commentato, inoltre, se si procedesse alla mera annotazione del titolo si produrrebbe l'inaccettabile conseguenza che il trustee non potrebbe in alcun modo disporre del diritto acquistato, neppure in conformità al programma dell'atto istitutivo (e, nel caso di specie, retrocedendo la proprietà una volta realizzato lo scopo), giacché verrebbe a mancare – in contrasto con il fondamentale principio di cui all'art. 21 l. tav. – la continuità tavolare tra il soggetto tavolarmente iscritto come proprietario (che continuerebbe ad essere il disponente) ed alienante trustee (il quale, oltretutto, non diventerebbe mai proprietario del bene alla luce dell'efficacia costitutiva che deve riconnettersi all'iscrizione nel libro fondiario dei diritti acquistati *inter vivos* a norma dell'art. 2 del R. D. 28 marzo 1929, n. 499). In

(Segue)

S a g g i

Il dubbio, semmai, è se da tale intavolazione debba direttamente risultare la qualità di trustee dell'acquirente oppure se tale qualità debba essere invece evidenziata da un'autonoma annotazione che accompagni l'intavolazione del diritto di proprietà.

La risposta a tale interrogativo dipende, a mio avviso, dalla natura del diritto che si ritiene venga acquistato dal trustee.

Ove si acceda all'orientamento oggi prevalente, secondo cui ciò che il trustee acquista altro non è se non l'ordinario diritto di proprietà previsto dall'art. 832 cod. civ.(18), appare inevitabile dovere procedere alla doppia segnalazione pubblicitaria: l'intavolazione dell'ordinario diritto di proprietà a nome dell'acquirente ed un'autonoma annotazione, da eseguirsi nel foglio "B" della proprietà, la quale evidenzia la qualità di trustee(19).

Qualora invece si condivida l'idea che gli artt. 2 e 11 della Convenzione abbiano introdotto nel nostro ordinamento una nuova forma di proprietà, qualificata e finalizzata nel senso che i beni conferiti in trust non entrano nel patrimonio del trustee se non per la realizzazione dello scopo indicato dal disponente e col fine specifico di restare separati dai suoi averi(20), l'intavolazione nel libro fondiario potrebbe invece direttamente segnalare la qualità di trustee dell'acquirente, rendendo così di immediata evidenza la particolarità del diritto reale trasferito in capo a quest'ultimo.

Il decreto qui commentato adotta tale soluzione, ritenendo che nel caso di specie la speciale provenienza del bene, il programma vincolato, le caratteristiche del trust di scopo inducano a concludere di trovarsi di fronte ad una particolare forma di proprietà, che impone di esplicitare subito e direttamente i limiti che la caratterizzano.

Tale impostazione (suscettibile di incidere, come si vedrà *infra*, anche sugli effetti da riconnettere all'iscrizione) impone però una attenta verifica della possibilità stessa di intavolare in favore del trustee: se, invero, dovesse ritenersi che quest'ultimo divenga titolare di un diritto reale atipico, ammesso e non concesso che sia ormai superato il principio di tassatività dei diritti reali, emergerebbe il problema, di carattere formale, che l'art. 8, n. 1, l. tav., prevede che le intavolazioni possono riguardare esclusivamente vicende di diritti tavolari; ed allora, posto che i diritti tavolari sono espressamente (e tassativamente) elencati dal successivo art. 9, l'intavolazione di un diritto non contemplato dall'art. 9 sembrerebbe porsi, nel si-

stema tavolare, in contrasto con il principio di tipicità delle iscrizioni(21).

Nella singola fattispecie concreta la decisione adottata appare tuttavia corretta, giacché nel trust sottoposto all'attenzione del Giudice il trasferimento immobiliare in favore del trustee si pone, in effetti, come mero strumento per il raggiungimento dello scopo caratterizzante l'intera operazione (realizzazione dell'ampliamento dell'immobile destinandovi integralmente i fondi erogati dalla fondazione), ed i penetranti vincoli imposti al trustee dall'atto istitutivo sono considerabili – secondo quanto emerge dal provvedimento – come altrettanti connotati strutturali del diritto reale, suscettibili di essere considerati alla stregua di modificazioni del diritto di proprietà, come tali rientranti nella previsione del citato art. 8, l. tav.

Non sembra, per contro, che tale soluzione – come non ha mancato di avvertire lo stesso estensore del decreto – sia suscettibile di generalizzazione, sembrando maggiormente compatibile con il nostro sistema l'impostazione oggi dominante, secondo cui, almeno in linea di principio, il diritto acquistato dal trustee non è un diritto reale atipico, ma il diritto di proprietà previsto dall'art. 832 cod. civ., ed i limiti

Note:

(Continua nota 17)

tal modo verrebbero, ancora, inaccettabilmente pregiudicati i creditori del trustee in relazione ad atti da quest'ultimo compiuti nell'esercizio dei poteri attribuiti dall'atto istitutivo, giacché in mancanza di intavolazione in favore del trustee sarebbe preclusa, sempre alla luce del principio di continuità, ogni iscrizione (come, ad esempio, l'ipoteca giudiziale od il pignoramento) a peso della proprietà.

(18) M. Lupoi, *Trust*, II ed., Milano, 2001, p. 291 s. e p. 303 s.; Id., *Lettera* [supra, nota 4], a p. 1163 s.; S. Bartoli, *Il Trust*, Milano, 2001, p. 98; G. Palermo, Sulla riconducibilità del "trust interno" alle categorie civiliistiche, *Riv. dir. comm.*, 2000, 133, a p. 152; A. Palazzo, *Pubblicità immobiliare* [supra, nota 9], a p. 337.

(19) In tal senso, v. M. Dolzani, *Il trust nel sistema pubblicitario del libro fondiario* [supra, nota 16], a p. 567; Id., "Trust" immobiliare in regime tavolare, *Riv. not.*, 2002, 1559, a p. 1562; Trib. Trento, Sez. Distaccata Cles, 7 aprile 2005 [supra, nota 14].

(20) Così Trib. Bologna, 1° ottobre 2003 [supra, nota 7], a p. 1314 s. In argomento, v. anche le annotazioni adesive di A. Tonelli, *Nota a Trib. Bologna*, 1 ottobre 2003 n. 4545 (sulla validità ed efficacia del "trust interno"), *Riv. not.*, 2003, 1653.

(21) Si tratterebbe, pertanto, di uno dei casi di incompatibilità fatti salvi dall'art. 12 della Convenzione, secondo cui "Il trustee che desidera registrare i beni mobili e immobili, o i documenti attinenti, avrà facoltà di richiedere la iscrizione nella sua qualità di trustee o in qualsiasi altro modo che riveli l'esistenza del trust, a meno che ciò non sia vietato o sia incompatibile a norma della legislazione dello Stato nel quale la registrazione deve aver luogo".

eventualmente imposti al trustee dal disponente con l'atto istitutivo sono di natura solo obbligatoria.

§ 4. Controllo del giudice tavolare.

Come già in precedenza ricordato, il sistema tavolare è retto dal principio di legalità, in forza del quale ogni iscrizione nel libro fondiario deve necessariamente costituire l'esito di un procedimento davanti al giudice tavolare (art. 102, I comma, l. tav.); inoltre, ogni iscrizione è dallo stesso giudice accordata con apposito decreto solo dopo la verifica, a norma degli artt. 26-27 e 94 l. tav., della sussistenza di tutti i requisiti sia formali che sostanziali del titolo(22). In particolare, il giudice tavolare non deve limitarsi, come deve di regola il conservatore dei registri immobiliari, al mero controllo formale della regolarità dell'atto, ma deve altresì verificare, fra l'altro, che l'atto, quando si tratta dell'acquisto o della modificazione di un diritto tavolare, contenga una "valida causa" (art. 26, II comma, l. tav.).

Per tale motivo, deve in primo luogo ritenersi sussistente, in capo a colui che richiede l'iscrizione del diritto nel libro fondiario sulla base dell'atto di trasferimento, l'onere di allegare alla domanda tavolare l'atto istitutivo del trust in tutti i casi in cui lo stesso non sia incorporato nello stesso documento che contiene l'atto dispositivo(23).

È invero frequente, nella prassi negoziale, addivenire alla istituzione del trust mediante la stipulazione di due atti distinti, incorporati in altrettanti documenti: il negozio istitutivo, nel quale sono contenute le regole del trust e ne viene enunciato lo scopo, ed il negozio dispositivo, con il quale vengono trasferiti beni al trustee.

In relazione a tali casi, è stato autorevolmente dimostrato che la causa del negozio dispositivo con il quale è stabilito il trasferimento del bene in favore del trustee risiede nell'attuazione dello scopo del trust, alla quale la stessa attribuzione è funzionale(24): ed allora, se la causa dell'atto dispositivo è da rinvenirsi nel collegato negozio istitutivo del trust, la mancata allegazione di quest'ultimo alla domanda tavolare comporterà l'impossibilità per il giudice tavolare di riscontrare la sussistenza della "valida causa" in ordine alla richiesta segnalazione della qualità di trustee, con conseguente rigetto della domanda stessa(25).

Una volta allegati tali documenti, com'è avvenuto nella fattispecie decisa con il decreto qui com-

Note:

(22) Ciò consente con certezza di escludere la compatibilità con il sistema tavolare – come del resto anche con il sistema della trascrizione – dell'art. 3 della Convenzione, nella parte in cui si limita a richiedere, per il suo riconoscimento, che il trust sia "comprovato per iscritto". Ed infatti, analogamente a quanto accade nel sistema della trascrizione in forza dell'art. 2657 cod. civ., la legge tavolare, agli artt. 31 s., esige espressamente, e senza possibilità di eccezioni, che quando un'iscrizione venga richiesta sulla base di un titolo negoziale esso deve risultare documentato nelle forme dell'atto pubblico oppure della scrittura privata autenticata o giudizialmente accertata.

(23) Quanto alla natura di tali atti, all'orientamento secondo cui l'atto istitutivo altro non sarebbe se non "un negozio, essenzialmente unilaterale, in forza del quale il disponente enuncia al trustee la finalità dell'affidamento e ne enuncia le regole di base: la durata, i poteri del trustee, i beneficiari" (M. Lupoi, I trust nel diritto civile [supra, nota 5], a p. 609) si contrappone chi, sulla base della constatazione per cui il trustee assume obbligazioni (ottemperare alle disposizioni del negozio istitutivo e corrispondere ai beneficiari quanto loro dovuto), oltre che l'eventuale diritto al compenso, preferisce riconoscere natura contrattuale all'atto in questione (G. De Nova, Trust: negozio istitutivo e negozi dispositivi [supra, nota 5], a p. 162 s.).

(24) G. De Nova, Trust: negozio istitutivo e negozi dispositivi [supra, nota 5], a p. 168, il quale precisa che non si tratta di rinvenire una causa esterna, allo stesso modo in cui non si ricorre alla nozione di causa esterna nell'ipotesi di stipulazione di negozi attuativi di una transazione; in senso conforme v., di recente, F. Di Ciommo, Ammissibilità [supra, nota 5], a p. 1296 s.; G. Gallizia, Trattamento [supra, nota 10].

In senso contrario, v. Trib. Belluno, 25 settembre 2002 [supra, nota 4], secondo cui "poiché la causa dell'attribuzione patrimoniale in favore del trustee risulta esterna al negozio traslativo – essendo individuata nello scopo del trust o nella finalità di gestione-amministrazione cui il trustee è tenuto in favore dei beneficiari – l'atto in esame si configura dunque come negozio astratto di trasferimento", inammissibile secondo i principî. La qualificazione in termini di negozio astratto di trasferimento, con conseguente nullità dell'atto di trasferimento dei beni dal disponente al trustee viene apertamente criticata da Trib. Bologna, 1° ottobre 2003 [supra, nota 7], "sia perché, anche secondo la più recente lettura dottrinale degli artt. 1324 e 1322 c.c. (che sembra ammettere la costituzione di atti unilaterali atipici) la configurabilità di negozi traslativi atipici, purché sorretti da causa lecita, trova fondamento nello stesso principio di autonomia contrattuale posto dall'art. 1322, 2° comma, c.c. (così Cass., 9 ottobre 1991, n. 10612), sia (e soprattutto) perché la causa del trasferimento, che è ben lungi dall'essere "astratto", si deve rinvenire nel collegato negozio istitutivo di trust (che si concretizza nei suoi scopi proprio attraverso il predetto trasferimento) per il quale la meritevolezza degli interessi realizzati è stata ex lege sancita dalla Convenzione dell'Aja del 1985 e dalla disciplina legislativa che ne ha dato esecuzione". Nel caso sottoposto al Tribunale di Belluno, 25 settembre 2002, tuttavia, risulta dalla motivazione che il richiedente aveva ommesso di allegare alla domanda tavolare l'atto istitutivo del trust; sicché la decisione adottata appare, sotto questo limitato profilo, corretta. Per l'affermazione dell'idoneità causale, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1322 e 1324 cod. civ., anche di un atto unilaterale di attribuzione dei beni nel *trust fund*, quando segue ad una vicenda istitutiva di cui il trustee sia stato parte, v. F. Di Ciommo, Ammissibilità [supra, nota 5], a p. 1296 s., il quale ritiene che "dal 1992 è stato introdotto per legge in Italia uno schema negoziale che, in mancanza di disposizioni contrarie, si deve ritenere possa serenamente svilupparsi attraverso una sequenza di atti, anche atipici, la quale è di per sé dotata di una valida struttura causale".

(25) Nello stesso senso, v. M. Dolzani, "Trust" immobiliare in regime tavolare [supra, nota 19], a p. 1562, secondo cui "corretto sembra pertanto il rilievo secondo cui il giudice tavolare richiesto di procedere alle formalità pubblicitarie a seguito di un trust immobiliare dovrà previamente verificare l'esistenza del trust, la sua validità e l'immunità del titolo da vizi che ne possano menomare l'efficacia".

S a g g i

mentato (e non invece in quello deciso in senso opposto dalla citata sentenza del Tribunale di Belluno), il giudice tavolo deve poi verificare che in concreto l'atto istitutivo del trust non contenga pattuizioni contrarie a norme imperative o a principi inderogabili interni e, inoltre, che l'atto stesso sia valido ed efficace ai sensi della legislazione prescelta; nel caso di specie, tale verifica è stata condotta, in modo assai puntuale, sulla base della prescelta legge di Jersey, ed ha condotto al riconoscimento in concreto del trust(26).

A differenza, poi, di quanto accade nella generalità dei casi, l'intavolazione richiesta dal trustee che sia, come nel caso di specie, una persona fisica, prescinde del tutto dall'indagine sullo *status* e sul regime patrimoniale familiare del richiedente.

Deve invero certamente escludersi, nella fattispecie che qui interessa, l'applicabilità dell'art. 94-bis, l. tav., secondo cui "La domanda di iscrizione dell'acquisto di un diritto al nome del solo acquirente non è giustificata se dal titolo o da altri documenti non risulta lo stato libero dell'acquirente o l'esclusione del diritto dalla comunione dei beni col coniuge". A tale proposito, è invero noto che attraverso il rigido meccanismo dell'imposizione degli oneri previsti dagli artt. 33-bis, 84, III comma e 94-bis, l. tav., il legislatore in materia tavolo si è proposto di conseguire il risultato della massima corrispondenza possibile fra segnalazioni pubblicitarie e reale condizione giuridica dei beni, nel senso che l'iscrizione in favore di una singola persona fisica possa essere ordinata solo quando sia offerta dal richiedente idonea prova documentale di non essere assoggettato al regime della comunione legale(27).

Poiché però l'art. 11 della Convenzione prevede, fra l'altro, che "i beni del trust non facciano parte del regime matrimoniale [...] del trustee", e poiché a tale norma deve attribuirsi, come già si è visto, natura sostanziale, deve conseguentemente affermarsi l'irrilevanza *a priori* della circostanza che la persona fisica del trustee sia eventualmente coniugata in regime di comunione legale, giacché il bene trasferito dal disponente in attuazione del programma contenuto nell'atto istitutivo risulta in ogni caso escluso *ex lege* dalla comunione. Se così è, l'iscrizione richiesta deve essere accordata – come ha correttamente fatto il Giudice con il decreto in esame – in favore della persona fisica del trustee indipendentemente da ogni allegazione documentale riguardante il regime di comunione o la sua esclusione.

§ 5. Effetti dell'iscrizione.

Una volta ordinata, dal giudice tavolo, l'iscrizione del trust, occorre però ora stabilire, come accennato in precedenza, quali effetti essa produca.

A tale riguardo, il primo e fondamentale effetto da riconnettersi a tale iscrizione consiste, una volta riconosciuta la natura di norma sostanziale uniforme all'art. 11 della Convenzione, nella piena opponibilità ai terzi dell'effetto segregativo proprio dell'istituto in questione, con conseguente impossibilità, per i creditori personali del trustee, di agire sui beni che costituiscono l'oggetto del trust.

In proposito, nel sistema tavolo la segregazione sembra potere operare, a differenza di quanto accade in regime di trascrizione, in modo talmente efficace da precludere "a monte" addirittura la necessità, per il soggetto interessato, di ricorrere agli strumenti processuali di opposizione qualora un creditore personale abbia iscritto un'ipoteca giudiziale o agito in sede cautelare od esecutiva su un bene oggetto del *trust fund*.

Ed invero, nel libro fondiario il principio di continuità stabilito dagli artt. 21 e 22, l. tav., opera in maniera assai più intensa di quanto accade nel sistema della trascrizione a norma dell'art. 2650 cod. civ.: mentre qui la segnalazione pubblicitaria può eseguirsi in ogni caso (salva l'inefficacia), nel sistema tavolo nessuna iscrizione può eseguirsi a carico di un soggetto se e finché non ne sussista altra, che la giustifichi, in suo favore(28). Ciò comporta che, una

Note:

(26) Nell'ampia motivazione del decreto il Giudice prende inoltre posizione contraria all'indirizzo dottrinale secondo cui il trust, inteso come negozio atipico, sarebbe irricognoscibile perché non diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela (in tal senso v., ad esempio, V. Mariconda, Contrastanti decisioni sul "trust" interno: nuovi interventi a favore ma sono nettamente prevalenti gli argomenti contro l'ammissibilità, *Corriere giur.*, 2004, 76, a p. 91, secondo cui la causa degli atti di trasferimento in trust sarebbe da ritenere astratta (e, quindi, nulla) "non perché non enunciano la causa del trasferimento, ma perché enunciano una causa non riconosciuta o, se si vuole, disapprovata dal nostro ordinamento e, quindi, non ammissibile ai sensi dell'art. 1322, comma 2°, c.c."). All'uopo, viene precisato che il giudizio di meritevolezza di cui all'art. 1322 cod. civ. deve condursi esclusivamente sul piano della liceità, con la conseguenza che l'interprete, chiamato a valutare la validità di un negozio atipico, dovrebbe limitarsi a verificarne – come è stato fatto nella fattispecie in esame – la non contrarietà a norme imperative, all'ordine pubblico ed al buon costume, e, quindi, la liceità in concreto dello strumento prescelto.

(27) Cfr. G. Gabrielli – F. Tommaseo, Commentario [*supra*, nota 2], *sub* art. 94-bis, p. 731 s.

(28) G. Gabrielli – F. Tommaseo, Commentario [*supra*, nota 2], *sub* artt. 21-22, p. 369 s.

volta iscritto l'acquisto in favore del "trustee Tizio" le eventuali e future iscrizioni pregiudizievoli possono essere accolte dal giudice tavolare solo se richieste contro il "trustee Tizio" ed in forza di un titolo dal corrispondente tenore, mentre ove venissero richieste contro la persona fisica Tizio dovrebbero essere rigettate. Appare quindi possibile ritenere che il giudice tavolare abbia il potere, rigettando la domanda proposta da un creditore personale del trustee, avente per oggetto l'iscrizione di un'ipoteca giudiziale o l'annotazione di un sequestro o di un pignoramento, di dare piena e preventiva attuazione all'effetto segregativo.

Sempre in forza del principio di continuità, inteso nell'accezione rigida di cui sopra, il giudice tavolare dovrà poi ovviamente rigettare, una volta iscritto il diritto a nome del trustee, qualsiasi domanda di iscrizione proveniente da un creditore o da un avente causa dal disponente.

In ogni caso, quindi, gli immobili che formano oggetto del trust sono "segregati", e cioè non aggredibili né dai creditori personali del trustee né, tantomeno, da quelli del disponente (fatta ovviamente salva, per questi ultimi, la possibilità di esercitare l'azione revocatoria).

Ciò posto, resta però ora da stabilire se l'iscrizione del diritto in favore del trustee sia suscettibile di produrre conseguenze ulteriori. Il problema riguarda, in particolare, la possibilità di segnalare nel libro fondiario, ed eventualmente di opporre ai terzi, gli eventuali limiti, imposti dal disponente nell'atto istitutivo, al potere di disposizione del trustee sui beni oggetto del *trust fund*(29).

La risposta a tale interrogativo dipende, ancora una volta, dalla natura giuridica del diritto che si ritiene acquistato dal trustee.

Secondo l'orientamento oggi dominante, come si è visto più sopra, il trustee altro non acquista se non l'ordinario e pieno diritto di proprietà previsto dall'art. 832 cod. civ., mentre i vincoli posti a suo carico sono tutti esclusivamente di natura obbligatoria, di regola nei confronti dei beneficiari del trust(30); se si accoglie tale impostazione, non sembra esservi spazio per alcuna pubblicità, nemmeno nella forma dell'annotazione, nel libro fondiario per i limiti eventualmente previsti nell'atto istitutivo, e l'atto di disposizione compiuto dal trustee infedele deve considerarsi pienamente valido ed efficace, salva la responsabilità risarcitoria del trustee ed al caso del terzo acquirente ove venisse dimostrata la sua malafe-

de(31). Ciò che invece può formare oggetto di annotazione, in tali casi, sono – a norma dell'art. 12 del R. D. 28 marzo 1929, n. 499 e dell'art. 20, lett. h), l. tav. – le condizioni risolutive eventualmente presenti nell'atto di trasferimento in favore del trustee, così come le altre pattuizioni suscettibili di pubblicità ai sensi degli artt. 19 e 20 l. tav.

Ove invece si acceda alla diversa tesi secondo cui gli artt. 2 e 11 della Convenzione avrebbero introdotto nel nostro ordinamento una nuova forma di proprietà, il cui esercizio da parte del trustee è da intendersi limitato a quanto indicato nell'atto istitutivo(32), e dunque che il potere di disposizione del

Note:

(29) È del tutto pacifico, a tale proposito, che la sorte dei diritti acquistati dai terzi in forza di atti compiuti dal trustee infedele debba essere valutata alla stregua delle nostre regole giacché sottratta all'imperio della legge straniera prescelta dal disponente: ciò emerge espressamente dalla disposizione dell'art. 11, lett. d), della Convenzione, nella parte in cui stabilisce che "gli obblighi di un terzo possessore dei beni del trust rimangono soggetti alla legge fissata dalle regole di conflitto del foro"; in argomento v. R. Montinaro, *Trust* [supra, nota 5], p. 311 s. Del tutto inapplicabili sono pertanto i rimedi previsti negli ordinamenti di origine del trust, nei quali il beneficiario può giudizialmente ottenere che sul donatario o sul compratore di malafede dal trustee infedele siano imposte tutte le obbligazioni previste dall'atto istitutivo a carico del trustee: cfr. M. Lupoi, Lettera [supra, nota 4], a p. 1163 s.; F. Di Ciommo, Per una teoria negoziale [supra, nota 5], a p. 638 s.

(30) V. gli autori citati, supra, nota 13. A sostegno di tale impostazione si trova da taluno citata la sentenza della Corte di Giustizia CE, 17 maggio 1994, C-294/92, Webb c. Webb, *Corriere giur.*, 1995, 192; in questa Rivista, 2004, 112, la quale, però, oltre a non riferirsi alla Convenzione de L'Aja (ma a quella di Bruxelles del 27 settembre 1968, concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale) non risulta avere affermato la natura personale della azione proposta dal beneficiario contro il trustee, bensì che l'azione del disponente volta a far constatare che una persona detiene un bene immobile in qualità di trustee e ad ottenere che le sia ingiunto di compiere gli atti necessari affinché il disponente stesso diventi titolare della *legal ownership* non è un'azione reale ai sensi della citata Convenzione.

(31) In tal senso, v. F. Steidl, *Trascrizione* [supra, nota 11], a p. 350; M. Dolzani, *Trust immobiliare in regime tavolare* [supra, nota 19], a p. 1561, il quale conclude che "pretendere di dover iscriverne nel Libro Fondiario anche i limiti di amministrazione del trustee, o negare ospitalità alla relativa pubblicità ove detti limiti non vengano evidenziati, è sostenere qualche cosa che la Legge non prevede né tanto meno consente". In argomento, cfr. altresì Lupoi, Lettera [supra, nota 4], a p. 1164, secondo cui la pubblicità non è idonea ad evitare gli abusi del trustee, esistendo all'uopo meccanismi diversi: "uno il trustee se lo sceglie e se lo sceglie con ogni cura, specialmente se dovrà operare anche dopo la sua morte; se non è proprio sicuro, ne sceglie due o tre che agiscano sempre congiuntamente; se lo ritiene opportuno, affianca loro un "guardiano", con il potere di vietare atti dispositivi", mentre nello specifico campo del trust immobiliare una ulteriore garanzia per il disponente è data dalla necessità del ministero notarile per gli atti di disposizione.

(32) V. supra, nota 15. In proposito, cfr. altresì M. L. Cenni, *Trust e pubblicità immobiliare* [supra, nota 11], a p. 355 s., secondo cui i vincoli imposti al trustee, ai quali si dà pubblicità con la trascrizione, non sarebbero vincoli consensuali ed obbligatori ma sono vincoli che nascono dalla

(Segue)

S a g g i

trustee stesso è circoscritto a quanto consentitogli dal disponente, potrebbe allora sostenersi – come ha fatto il decreto in esame – che i limiti in questione debbano risultare dall'iscrizione oppure, come è consentito dall'art. 5 l. tav., che gli stessi siano richiamati in sede di iscrizione mediante analitico rimando alle singole disposizioni dell'atto istitutivo del trust nelle quali essi sono contemplati. In tal caso, l'eventuale atto di disposizione compiuto dal trustee infedele – ammesso che superi il vaglio notarile in punto di sussistenza del potere di disposizione – non potrà essere intavolato, poiché il giudice dovrà negare l'iscrizione una volta rilevata la mancanza, ex art. 94, n. 2, l.tav., del potere di disposizione in capo al trustee in ordine al negozio concretamente posto in essere.

A tale proposito, non sembra per verità condivisibile il provvedimento nella parte – peraltro influente ai fini della correttezza della decisione del caso concreto – in cui afferma in via generale il potere del giudice di rifiutare l'iscrizione all'acquirente dal trustee infedele indipendentemente dalla natura, reale o personale, dei vincoli violati per il motivo che essi afferiscono comunque alla capacità di disporre del bene e che il regime tavolare non conosce l'istituto della vendita *a non domino*; ed invero, se vengono imposti vincoli di natura solo obbligatoria, secondo i principî il trustee non perde, in relazione all'immobile, né la capacità (in senso proprio) né la legittimazione a disporre, giacché egli è pur sempre

pieno titolare del diritto acquistato⁽³³⁾. In altri termini, se il trustee, una volta divenuto titolare del diritto trasferitogli dal disponente, pone in essere un atto che, sul piano obbligatorio, era tenuto a non compiere, la validità ed efficacia di tale atto – ferma restando la responsabilità risarcitoria conseguente alla violazione – non può essere messa in discussione, e non sembra pertanto che il giudice tavolare – richiesto di accordare pubblicità dall'acquirente del trustee infedele – possa negare l'intavolazione sulla base dell'art. 94 l. tav.

Note:

(Continua nota 32)

legge ed in particolare dagli artt. 11 e 2 della Convenzione de L'Aja, e che presentano il carattere della realtà in quanto ineriscono direttamente ai beni in trust con efficacia nei confronti di tutti. A sostegno dell'opinione viene citato l'art. 11, lettera d), della Convenzione, il quale, prevedendo "che la rivendicazione dei beni del trust sia permessa qualora il trustee, in violazione degli obblighi derivanti dal trust, abbia confuso i beni del trust con i suoi [...]", sembrerebbe riferirsi ad una situazione connotata da caratteri di realtà. A tale riguardo, appare però difficilmente immaginabile che in campo immobiliare possa configurarsi una "confusione", ad opera del trustee, fra i beni propri e quelli che costituiscono l'oggetto del trust.

(33) Con riguardo, per esempio, al divieto convenzionale di alienazione v., nel senso della sua insuscettibilità ad essere tavolarmente annotato siccome non incidente sul potere di disposizione in senso proprio e sull'inefficacia dell'annotazione eventualmente eseguita, G. Gabrielli – F. Tommaseo, Commentario [*supra*, nota 2], *sub* artt. 19-20, p. 336; S. Quarantotto, Manuale della legislazione tavolare, Trieste, 1972, p. 88, nota 61.

Trust liberali e trust commerciali

di Giorgio Semino

SOMMARIO: § 1. Le recenti pronunce della Amministrazione finanziaria. – § 2. La fiscalità del trust nell'imposizione indiretta. – § 3. La fiscalità indiretta dei trust liberali. – § 4. La fiscalità dei trust commerciali. – § 5. Conclusioni.

§ 1. Le recenti pronunce della Amministrazione finanziaria.

L'Agenzia delle Entrate, Direzione Regionale della Emilia Romagna, si è recentemente occupata della fiscalità indiretta di un trust, utilizzato in luogo di un mandato fiduciario, per l'acquisto di immobili sottoposti a procedura esecutiva e per il pagamento dei relativi debiti. In un primo momento la Direzione regionale(1) ha ritenuto applicabile: (i) l'imposta di registro in misura fissa (ai sensi dell'art. 11 della parte prima della Tariffa allegata al D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131, di seguito: "T.U.") all'atto (formale) di trasferimento dal disponente al trustee della provvista di denaro necessaria; (ii) l'imposta di registro al 3% (ai sensi dell'art. 9, parte prima, della Tariffa allegata al T.U.), una volta chiusa l'operazione, all'atto dell'attribuzione del bene immobile dal trustee al beneficiario (indicato nello stesso disponente o nei suoi eredi in caso di morte). Successivamente, a seguito dell'intervento della Direzione centrale normativa e contenzioso, la Direzione regionale(2) ha modificato l'interpretazione di cui al punto *sub* (i) ritenendo, anche a tale livello, applicabile l'imposta di registro al 3% (ai sensi del ricordato art. 9).

§ 2. La fiscalità del trust nell'imposizione indiretta.

Come si è avuto modo di sottolineare recentemente, il trust è uno strumento poliedrico e pro-teiforme, il cui regime tributario va analizzato caso per caso(3). Questo risultato, del tutto pacifico nei Paesi che da più tempo conoscono il trust, può dirsi ormai acquisito anche nel nostro ordinamento perlomeno per quanto riguarda l'imposizione diretta(4).

Sul versante dell'imposizione indiretta l'Amministrazione finanziaria non si è ancora potuta confrontare con una casistica sufficientemente variegata.

Quella in commento è la terza pronuncia conosciuta e, come le precedenti(5), è relativa a trust non connotati da una chiara matrice liberale. Tutte queste pronunce sono caratterizzate dalla circostanza che l'Agenzia delle Entrate, dopo un'analisi dello strumento istitutivo, non ha ravvisato alcuno spirito di liberalità e ha ritenuto quindi applicabile l'imposta di registro in misura ordinaria, generalmente al 3% ai sensi del ricordato art. 9.

Il ragionamento seguito dall'Amministrazione finanziaria non appare peraltro del tutto chiaro. La Direzione centrale parte dal presupposto che l'atto di trasferimento in trust abbia sempre per oggetto una prestazione a contenuto patrimoniale; circa poi il trattamento tributario, non si ravvisa in capo al disponente alcun *animus donandi* nei confronti del trustee, che non ne riceve alcun arricchimento. Per-

Note:

Giorgio Semino è ricercatore e professore incaricato di Diritto commerciale dell'Università di Genova; dottore di ricerca in Diritto tributario internazionale e comparato.

Questo articolo è stato originariamente pubblicato in *Corriere trib.*, 2006, p. 314. Ringraziamo l'Autore e l'Editore per aver consentito la ripubblicazione in questa Rivista.

(1) Agenzia delle Entrate, Direzione Regionale Emilia Romagna, Risposta a interpello 21 febbraio 2005, prot. n. 909-9106/2005, *infra*, 322.

(2) Agenzia delle Entrate, Direzione Regionale Emilia Romagna, Risposta a interpello 2 novembre 2005, prot. n. 909-49466/2005, *infra*, 324.

(3) Cfr. G. Semino, *Strutturazione di un trust trasparente, relazione presentata al III Congresso nazionale dei soci organizzato dall'Associazione "Il trust in Italia"*, svoltosi a Roma il 21-23 ottobre 2005, a p. 1 del dattiloscritto, consultabile sul sito Internet dell'Associazione all'indirizzo <http://www.il-trust-in-italia.it>.

(4) Nella prassi dell'Amministrazione finanziaria, v. Agenzia delle Entrate, Risposta a Interpello 24 settembre 2002, prot. n. 2002/150208, in questa Rivista, 2003, 319, divenuta poi Risoluzione 17 gennaio 2003, n. 8/E, *Corriere trib.*, 2003, 664 (nota G. Stancati); Agenzia delle Entrate, Risposta a Interpello 1° ottobre 2002, prot. n. 178580/2002, in questa Rivista, 2003, 473; Agenzia delle Entrate, Risposta a Interpello 4 marzo 2003, prot. n. 2003/30900, *ivi*, 658; Agenzia delle Entrate, Direzione Regionale Liguria, Risposta a Interpello 24 luglio 2003, prot. n. 19972/2003, in questa Rivista, 2005, 298; Agenzia delle Entrate, Direzione Regionale Liguria, Risposta a Interpello 13 settembre 2004, prot. n. 903-14743/2004, *ivi*, 2005, 480; Agenzia delle Entrate, Risposta a Interpello 28 settembre 2004, in questa Rivista, 2005, 294; un cenno anche in *Circolare* 4 dicembre 2001, n. 99/E, al punto 2.3, *Corriere trib.*, 2002, 168 (nota C. Nocera).

(5) Agenzia delle Entrate, Direzione Regionale Liguria, Risposta a Interpello 24 luglio 2003, prot. n. 19972/2003 [*supra*, nota 4]; Agenzia delle Entrate, Direzione Regionale Liguria, Risposta a Interpello 13 settembre 2004, prot. n. 903-14743/2004 del 2004 [*supra*, nota 4].

Saggi

tanto, sempre secondo l'Agenzia, "il disponente non pone in essere un atto di liberalità indiretta quindi non sussistono i presupposti per l'applicazione del regime previsto per le donazioni". All'attento lettore non può sfuggire che se il disponente avesse arricchito il trustee la liberalità sarebbe stata diretta. Il riferimento alla categoria delle liberalità indirette lascia quindi presagire un discorso più ampio (non sviluppato dalle ricordate pronunce, come detto, riguardanti trust di natura non chiaramente liberale) che tenga conto della posizione complessiva di tutti i soggetti in gioco e segnatamente anche dei beneficiari.

Per chiarire quanto si va dicendo è allora opportuno partire da una breve analisi della fiscalità dei trust con profili di liberalità (che ha in questi anni monopolizzato l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza)(6), per poi dedicare qualche notazione al tema della fiscalità indiretta dei trust con natura commerciale(7), come quello oggetto della pronuncia in commento.

Prima di addentrarsi nell'analisi delle evidenziate aree problematiche, paiono opportune due ulteriori precisazioni, oramai del tutto pacifiche alla luce dell'attuale *corpus* interpretativo in materia di trust, ma che permettono di meglio delimitare il perimetro dell'indagine.

La prima precisazione riguarda la distinzione concettuale (e spesso fattuale) tra strumento istitutivo del trust e atto di dotazione dei beni che ne costituiranno il *trust fund*(8). L'atto istitutivo (nel caso più tipico di atto redatto per atto pubblico o scrittura privata autenticata), staccato dagli atti di dotazione, risulta un atto meramente programmatico che sconta quindi un'imposizione in misura fissa in quanto atto "non avente per oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale" (ai sensi del ricordato art. 11)(9). Sotto il profilo tributario la vera partita si gioca quindi sui soli atti di dotazione, la cui fiscalità varia a seconda del bene segregato. In questa prospettiva l'attenzione degli interpreti si è in particolare focalizzata sui beni immobili, risultando quelli mobili (e prima di tutto il denaro) trasferibili in modo informale e quindi secondo modalità più difficilmente inquadrabili all'interno di una tipica imposta d'atto come quella di registro(10). Tuttavia se, come nel caso qui in commento, lo strumento istitutivo è un tutt'uno con l'atto di dotazione e quest'ultimo riguarda denaro, è giocoforza che la fiscalità del secondo vada ad incidere su quella del primo.

La seconda precisazione riguarda la necessaria applicabilità, anche ai fini dell'imposizione indiretta, di un modulo impositivo differente a seconda delle caratteristiche assunte nel concreto dal singolo trust (*rectius*, dalle singole famiglie di trust caratterizzate da tratti comuni). E non solo in quanto ciò è conforme alle caratteristiche di poliedricità dell'istituto e al pacifico orientamento di tutte le Autorità fiscali che conoscono il trust, ma in ossequio ad una precisa norma interna rappresentata dall'art. 20 del T.U., per il quale l'imposta è applicata secondo la intrinseca natura e gli effetti giuridici degli atti presentati alla registrazione, anche se non vi corrisponda il titolo o la forma apparente.

Note:

(6) Per i riferimenti bibliografici, v. G. Semino, La fiscalità indiretta nei trust interni liberali. Profili operativi, in questa Rivista, 2004, 47, nota 1, cui *adde* A. C. Colombo, Aspetti fiscali del trust in Italia: alcuni punti fermi, *Tax Planning*, n. 26/2004, 4; A. Moja, Profili tributari del trust in Italia, in A. Dragonetti - V. Piacentini - A. Sfondrini (curr.), *Manuale di fiscalità internazionale*, Milano, 2004, cap. 18, par. 18.5 s.; C. Pessina - L. Pittaluga, Il trust interno nelle imposte indirette, *Fisco*, 2004, 383; A. Contrino, Trusts liberali e imposizione indiretta sui trasferimenti dopo le modifiche (L. n. 383/2001) al tributo sulle donazioni, *Rass. trib.*, 2004, 434; Id., Il trust "liberale" e l'imposta sulle donazioni (nota a Cons. Naz. del Notariato, Studio n. 80/2003/T). Caratteristiche del trust e tributi indiretti, *Dialoghi di Diritto tributario*, 2004, 457; R. Lupi, Il trust "liberale" e l'imposta sulle donazioni (nota a Cons. Naz. del Notariato, Studio n. 80/2003/T). Trust, libertà di forme e imposta di registro, *ivi*, 2004, 468; P. Troiano, *Il Trust. Aspetti fiscali*, Napoli, 2004, p. 61 s.; A. Salvati, *Profili fiscali del trust*, Milano, 2004, p. 267 s.; G. Luschi, Il trust tra imposte indirette e sistemi di imputazione dei redditi. Precisioni e riflessioni in tema di trust e imposte indirette, *Dialoghi di Diritto tributario*, 2004, 751; D. Stevanato, Il trust tra imposte indirette e sistemi di imputazione dei redditi. I "frutti" del trust nell'ottica dei beneficiari finali: "reddito" o arricchimento a titolo gratuito?, *ivi*, 2004, 754; L. Beluzzo, Ammissibilità dei trust e applicazioni pratiche nell'ordinamento italiano: profili fiscali, in questa Rivista, 2005, 71 (I parte); *ivi*, 206 (II parte).

(7) La bipartizione tra trust "liberali" e trust "commerciali" si deve a M. Lupoi, *Trusts*, I ed., Milano, 1997, p. 512 s.; Id., *Trusts*, II ed., Milano, 2001, p. 620 s., da cui si cita, al quale si rinvia per una ricca casistica.

(8) Il negozio di trasferimento può coincidere con lo strumento istitutivo del trust, precederlo o seguirlo. Sul profilo ancora M. Lupoi, *Trusts* [*supra*, nota 7], p. 589 s.

(9) Il punto è da sempre pacifico anche nella prassi dell'Amministrazione finanziaria; vedi Delibera del Comitato di coordinamento del Servizio centrale degli Ispettori tributari (SECIT) 11 maggio 1998, n. 37/98, La circolazione dei trusts esteri in Italia, *Fisco*, 1998, 11148; Direzione Regionale Liguria, Risposta a Interpello 24 luglio 2003, prot. n. 19972/2003 [*supra*, nota 4]; Agenzia delle Entrate, Risposta a Interpello 28 settembre 2004 [*supra*, nota 4].

(10) Sul profilo è d'obbligo il rinvio a D. Stevanato, *Donazioni e liberalità indirette nel tributo successorio*, Padova, 2000, *passim*.

§ 3. La fiscalità indiretta dei trust liberali.

In un primo momento l'Amministrazione finanziaria, attraverso il SECIT(11), seguita anche da una parte della dottrina(12), aveva prospettato una generale applicabilità dell'imposta sulle donazioni a qualsiasi tipologia di trust, e ciò in quanto si riteneva che il passaggio dei beni dal disponente al trustee comportasse una decurtazione del patrimonio del disponente e fosse connotato dal carattere di liberalità.

In tempi più recenti, sulla spinta della unanime dottrina successiva(13), della giurisprudenza(14) e del notariato(15), l'Amministrazione finanziaria ha abbandonato tale posizione(16) e questa impostazione trova ulteriore conferma nella pronuncia in commento. È infatti opinione oramai del tutto pacifica che il trasferimento dei beni al trustee non rientri nell'ambito degli atti di liberalità, mancando sia lo spirito di liberalità (*animus donandi*) – in quanto è certo che non sia nella volontà del disponente arricchire il trustee – sia alcun arricchimento da parte di quest'ultimo, stante la segregazione dei beni in trust, che dovranno essere utilizzati dal trustee unicamente per perseguire le volontà espresse nell'atto di trust. La segregazione è infatti la necessaria conseguenza dell'affidamento. Un diritto viene affidato al trustee perché questi realizzi certi interessi o scopi e in assenza della segregazione, se tale diritto si potesse confondere con il patrimonio del trustee o potesse venire pregiudicato da atti o fatti che non riguardino il suo esercizio, la stessa ragione del trust ne risulterebbe irrimediabilmente frustrata. Dal cuore di qualsiasi tipologia di trust, dall'affidamento e dalla segregazione deriva quindi l'impossibilità giuridica di alcun arricchimento del trustee(17).

Sgombrato il campo dall'equivoco, si è allora rivolta l'attenzione sulle singole tipologie di trust ed in particolare ai c.d. trust di famiglia o liberali caratterizzati da uno spirito di liberalità del disponente nei confronti dei beneficiari.

In questa prospettiva un primo orientamento, oramai minoritario, considera il passaggio dei beni dal disponente al trustee e quello, al termine del trust, dal trustee ai beneficiari, del tutto autonomi risultando, per alcuni, il primo passaggio soggetto ad imposta di registro nella misura del 3% (ai sensi dell'art. 9 della parte prima della Tariffa allegata al T.U.) e il secondo all'imposta sulle donazioni; per altri, entrambi sarebbero soggetti all'imposta di regi-

stro nella misura del 3% (sempre ai sensi del ricordato art. 9).

La dottrina più recente ha affinato le posizioni precedenti, ricostruendo l'intero fenomeno in modo unitario e così componendo in modo persuasivo i rapporti fra imposta di registro e imposta sulle donazioni.

Nei trust di famiglia esiste infatti uno spirito di liberalità, ma questo è nei confronti dei beneficiari e non del trustee. Il trustee non è altro che il tramite che il disponente utilizza per realizzare una liberalità indiretta nei confronti dei beneficiari(18). Ne deriva l'applicazione di un'imposta di registro in misura fissa al momento del trasferimento dei beni dal disponente al trustee, e l'applicazione dell'imposta sulle donazioni in capo ai beneficiari, quando questi effettivamente riceveranno i beni in trust.

Questo orientamento è stato fatto proprio dalla più recente giurisprudenza tributaria(19), dal nota-

Note:

(11) Delibera del SECIT n. 37/98 del 1998 [*supra*, nota 9], a p. 11149.

(12) Per i riferimenti bibliografici relativi alle varie posizioni assunte dalla dottrina in tema di trust liberali, v. *supra*, nota 6.

(13) *Ex pluribus*, A. Fedele, *Visione di insieme della problematica interna*, in I. Beneventi (cur.), *I trusts in Italia oggi*, Milano, 1996, 269, a p. 284.

(14) Comm. Trib. Prov. Lodi, 5 novembre 2001, in questa Rivista, 2002, 418; Comm. Trib. Reg. Venezia, 23 gennaio 2003, in questa Rivista, 2003, 253.

(15) Consiglio Nazionale del Notariato, Studio 21 novembre 2003, n. 80/2003/T, in questa Rivista, 2004, 466 (I parte), 633 (II parte).

(16) Agenzia delle Entrate, Risposta a Interpello 28 settembre 2004 [*supra*, nota 4].

(17) Sui concetti di affidamento e segregazione, v. ancora M. Lupoi, *Trusts* [*supra*, nota 7], pp. 286-310.

(18) Il profilo, nato da un'intuizione di D. Stevanato, *Donazioni e liberalità indirette nel tributo successorio* [*supra*, nota 10], p. 186 s., è stato successivamente sviluppato e ampliato da F. Pistolesi, *La rilevanza impositiva delle attribuzioni liberali realizzate nel contesto dei trusts*, Riv. dir. fin., 2001, 1, I, 117, C. Monaco, *Trust: fattispecie ed effetti fiscalmente rilevanti*, Riv. dir. fin., 2002, 647 e A. Contrino, *Trusts liberali e imposizione indiretta* [*supra*, nota 6], a p. 434 e Id., *Il trust "liberale" e l'imposta sulle donazioni* [*supra*, nota 6], a p. 457.

(19) Comm. Trib. Reg. Venezia, 23 gennaio 2003 [*supra*, nota 14], che, richiamando anche le analogie fra la segregazione dei beni in trust e il fondo patrimoniale, ha riformato il precedente orientamento espresso da Comm. Trib. Prov. Treviso, 29 marzo 2001, in questa Rivista, 2002, 419. La Comm. Trib. Prov. Lodi, 5 novembre 2001 [*supra*, nota 14], peraltro su istanza degli stessi ricorrenti, ha ritenuto applicabile l'imposta di registro nella misura del 3% ai sensi dell'art. 9, parte prima, della Tariffa allegata al T.U.

S a g g i

riato(20) e dalla prassi applicativa di molti Uffici finanziari(21).

§ 4. La fiscalità dei trust commerciali.

La fiscalità indiretta dei trust commerciali, o comunque senza finalità liberali, risulta poco esplorata da parte della dottrina tributaria, che, come detto, si è finora prevalentemente concentrata su quelli con elementi di liberalità. Come si accennava in precedenza, la tesi ministeriale sul tema, con un'argomentazione oramai ricorrente – ripresa anche nella pronuncia in commento – parte dal presupposto che l'atto di trasferimento in trust di un bene abbia sempre per oggetto una prestazione a contenuto patrimoniale e, una volta che si sia verificata la mancanza di qualsivoglia spirito di liberalità, ne ricava l'applicabilità dell'imposta di registro in misura del 3% ai sensi del ricordato art. 9 della parte prima della Tariffa allegata al T.U.

Questa posizione può essere condivisa per particolari tipologie di trust quali quelli c.d. "solutori" nei quali l'adempimento della prestazione di un contraente viene perfezionato tramite l'istituzione di un trust di cui è beneficiario l'altro contraente e nel quale viene fatta confluire la somma di denaro o il bene oggetto dell'obbligazione(22) o, al più, quando il trust abbia la finalità di cristallizzare dei beni per un periodo di tempo più o meno lungo, non differenzialmente da quanto avverrebbe con una fondazione(23).

L'impostazione ministeriale non convince invece quando, come nel caso qui in commento, l'intento del disponente sia riconducibile a quello sotteso ad un mandato, pur se "rafforzato". Secondo il costante orientamento del Supremo Collegio(24), l'interpretazione degli atti ai fini dell'applicazione dell'imposta di registro, conformemente al ricordato criterio fissato dall'art. 20 del T.U., comporta che, nell'imposizione di un negozio, deve attribuirsi rilievo preminente alla sua causa reale e alla regolamentazione degli interessi effettivamente perseguiti dalle parti. In questa prospettiva non par dubbio che, nel caso qui in commento, la finalità che si riproponeva il disponente era quella propria di un mandato fiduciario, strumento quest'ultimo che si sarebbe idealmente anche potuto utilizzare, ma che non avrebbe dato le stesse garanzie di flessibilità, realtà e segregazione – a vantaggio della eventuale banca mutuante – ottenibili tramite il trust. Il trust quindi era in grado di portare

un valore aggiunto, ma non cambiava la causa reale e la regolamentazione degli interessi effettivamente perseguiti dalle parti, che restavano quelli propri di un mandato. Né vale obiettare che nel mandato fiduciario la proprietà (sostanziale) resta in capo al fiduciante, mentre nel trust la stessa passa in capo al trustee. Esistono infatti dei trust c.d. nudi, dove il connotato dominicale del titolare del diritto risulta così affievolito da rendere difficile tracciare una precisa linea di confine con il mandato(25), il cui modulo impositivo viene infatti applicato ai fini dell'imposizione diretta(26).

Tantomeno convince l'affermazione, invero apodittica, che l'atto di trasferimento in trust di un bene

Note:

(20) Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 80/2003/T [*supra*, nota 15], nella più generale prospettiva che l'atto di istituzione di beni in trust non è equiparabile ad un trasferimento di proprietà – stante la segregazione dei beni che non entrano comunque nel patrimonio del trustee – ed è quindi neutro da un punto di vista fiscale e come tale sottoposto ad imposizione indiretta (imposta di registro, ipotecaria e catastale) in misura fissa, mentre il successivo atto di trasferimento ai beneficiari viene ritenuto soggetto alla tassazione propria del negozio a cui corrisponde, da individuarsi caso per caso, ma normalmente di carattere donativo.

(21) In tal senso lo Studio realizzato dal Gruppo di lavoro presso la Direzione delle Entrate dell'Emilia Romagna, Il trust riconosciuto in Italia. Profili civilistici e tributari, Fiducia e Trust, 2002 (allegato al Fisco), 12711, per il quale, al punto 1.1.3, "se lo scopo perseguito dal disponente attraverso il trust è quello di devolvere il patrimonio a soggetti terzi, beneficiari finali, il trasferimento dei beni dal trustee ai predetti soggetti rappresenta la realizzazione di finalità di natura liberale che trovano la loro fonte nella volontà del disponente. Si configura una sorta di liberalità indiretta che, quindi, costituisce il presupposto per l'applicazione dell'imposta di donazione nei confronti dei beneficiari finali, ove ne ricorrano le condizioni".

(22) In questi casi emerge una spiccata componente contrattualistica del trust, generalmente non presente, che colora l'istituzione dello stesso nell'ambito delle prestazioni sinallagmatiche del contratto che ne è fonte e causa.

(23) Ipotesi questa che si potrebbe intravedere nelle precedenti ricordate pronunce dell'Amministrazione in tema di fiscalità indiretta. In particolare nella Risposta a Interpello 28 settembre 2004 [*supra*, nota 4], si evidenzia che la segregazione di un bene (immobile) in trust nel caso di specie "non evidenzia alcun *animus donandi*, considerato che la costituzione del trust risponde all'esigenza del disponente di assicurare l'inalienabilità, unitarietà, la valorizzazione del complesso immobiliare".

(24) Cass., Sez. trib., 23 novembre 2001, n. 14900, Banca Dati Big, Ipsoa; Cass., Sez., trib., 7 luglio 2003, n. 10660, *ivi*; Cass., Sez., trib., 19 febbraio 2004, n. 3318, *ivi*.

(25) Vedi ampiamente sul punto M. Lupoi, Trusts [*supra*, nota 7], p. 260 s.; *Id.*, I trust nel diritto civile, in Trattato di Diritto Civile diretto da R. Sacco, Diritti Reali, Torino, 2004, p. 353 s., ove ulteriori riferimenti.

(26) Cfr. G. Semino, Trust "nudo" e trasparenza fiscale, in questa Rivista, 2005, 169; Fisco, 2005, 1924, e le risposte ad interpello *ivi* commentate. Pare poi ragionevole ritenere, salve le peculiarità dei casi concreti, che i trust utilizzati per le operazioni qui in commento fossero "nudi" quanto ai diritti beneficiari e ai correlati flussi reddituali.

abbia sempre per oggetto una prestazione a contenuto patrimoniale. L'indagine può prendere le mosse dalla fattispecie, alquanto comune anche nella prassi dei trust interni, del trust auto-dichiarato. Per affermare che in questa ipotesi l'atto di dotazione dei beni in trust non abbia per oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale e giustifichi quindi l'applicazione dell'imposta di registro in misura fissa, basta infatti ricordare il recente orientamento del Supremo Collegio in tema di regime impositivo del fondo patrimoniale, costituito con beni di un coniuge che si riserva il diritto di proprietà(27). La Corte di Cassazione, infatti(28), pur dopo qualche incertezza(29), ha chiarito che la costituzione di un fondo patrimoniale: (i) non è un atto traslativo a titolo oneroso (di cui all'art. 1 del T.U.); (ii) crea un nuovo vincolo di destinazione sul bene e sui suoi frutti, non essendo quindi diretto ad eliminare alcuna situazione di incertezza (di cui all'art. 3 del T.U.); (iii) non incide sulla titolarità del bene; (iv) non ha per oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale, perché tra gli stipulanti non vi è scambio di alcuna prestazione che abbia tale contenuto o comunque alcuno scambio di prestazioni in un sinallagma economicamente rilevante (di cui all'art. 9, parte prima, della Tariffa allegata al T.U.); (v) non crea alcun nuovo soggetto giuridico dotato di autonomia patrimoniale (perfetta o imperfetta), in quanto una parte di patrimonio si distacca dal resto, ma continua ad appartenere alla stessa persona; e (vi) rientra quindi nella categoria residuale degli atti non aventi per oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale (di cui all'art. 11 della parte prima della Tariffa allegata al T.U.).

È di tutta evidenza come nel caso di trust auto-dichiarato, dove il disponente non perde la proprietà dei beni, ma si limita ad imprimere sugli stessi un vincolo di destinazione non dissimile da quello prodotto dal fondo patrimoniale(30), le considerazioni della Corte di Cassazione sulla mancanza di prestazioni a contenuto patrimoniale e sul conseguente regime impositivo si attagliano perfettamente.

Una volta rotta la graniticità e assolutezza dell'affermazione ministeriale è poi agevole rilevare che gran parte dei profili richiamati dal Supremo Collegio, per applicare l'imposta di registro in misura fissa nel fondo patrimoniale, ricorrono anche nella maggior parte dei trust non auto-dichiarati(31): la mancanza di atti traslativi a titolo oneroso, la creazione di un vincolo di destinazione sui beni, la mancanza tra disponente e trustee di uno scambio di prestazioni in

un sinallagma economicamente rilevante(32), la creazione di un nuovo soggetto giuridico dotato di autonomia patrimoniale(33). L'unica differenza rilevante può essere individuata nella circostanza che nel trust non auto-dichiarato si aggiunge anche una modificazione nella titolarità del bene.

Il profilo non pare peraltro poter assumere sovrachia rilevanza ai fini della corretta applicazione delle imposte sui trasferimenti. Se si accede ad una analisi di tipo funzionale dell'imposta di registro è del tutto pacifico come questa abbia ormai da tempo perso il carattere di tassa (fissa) relativa al servizio reso dallo Stato per la registrazione e la conservazione degli atti, per assumere quello di imposta (proporzionale) che colpisce una manifestazione di capacità contributiva "pur conservando quale riflesso dell'originaria natura la distinzione tra l'applicazione dell'imposta in misura proporzionale e quella in misura fissa"(34).

Note:

(27) Sul punto, cfr. anche Circolare 30 novembre 2000, n. 221/E, Banca Dati Big, Ipsoa.

(28) Cass., Sez. trib., 6 giugno 2002, n. 8162, Corriere trib., 2002, 3361 (nota L. Bellini); Cass., Sez., trib., 26 maggio 2003, n. 8289, Banca Dati Big, Ipsoa; Cass., Sez., trib., 7 luglio 2003, n. 10666, Corriere trib., 2003, 3591 (nota A. Grassotti).

(29) Cass., Sez. trib., 7 marzo 2002, n. 3343, Banca Dati Big, Ipsoa.

(30) Per dirla con la Cassazione – ancora in tema di costituzione di un fondo patrimoniale – “[c]ertamente, il distacco dal resto del patrimonio di un bene del soggetto per riservarlo ad alcuni creditori con esclusione degli altri può comportare effetti economici, ma questi costituiscono solo un riflesso indiretto del mutamento del regime giuridico del bene e non la prestazione dovuta” (Cass., Sez. trib., 6 giugno 2002, n. 8162 [supra, nota 28], a p. 3362).

(31) Non è infatti un caso che Comm. Trib. Reg. Venezia, 23 gennaio 2003 [supra, nota 14], richiami anche il regime impositivo del fondo patrimoniale per affermare l'applicabilità dell'imposta di registro in misura fissa agli atti di dotazione dei trust liberali.

(32) Giova ricordare al gentile lettore l'assenza (salve ipotesi particolarissime) di prestazioni sinallagmatiche tra disponente e trustee: il disponente “si spoglia, il trustee acquisisce; fra i due non è contratto; l'infedeltà del secondo non consente alcuna reazione al primo” (M. Lupoi, Introduzione ai trusts. Diritto inglese, Convenzione dell'Aja, Diritto italiano, Milano, 1994, p. 75, al quale si rinvia per ulteriori riferimenti).

(33) Il trust è infatti un rapporto giuridico, non un ente. Al più in alcune particolari ipotesi, come ricordato in precedenza, si potrebbe pensare ad una finalità (economica) di cristallizzare in qualche modo un patrimonio, con una possibile rilevanza fiscale ai sensi del ricordato art. 20 del T.U.

(34) Così A. Fantozzi, Il diritto tributario, Torino, 2003, p. 983. Il punto è del tutto pacifico nella più recente manualistica: F. Tesoro, Istituzioni di diritto tributario. Parte speciale, Torino, 2005, p. 264; N. Dolfin, L'imposta di registro, in G. Falsitta (cur.), Manuale di diritto tributario. Parte speciale, Padova, 2005, 615; R. Lupi, Diritto tributario. Parte speciale, Milano, 2005, p. 316.

(Segue)

Saggi

In questo angolo visuale è del tutto evidente la mancanza di qualsiasi capacità contributiva in capo al trustee che giustifichi un prelievo diverso da quello fisso. Si è già dato conto in precedenza, con una tesi condivisa dalla stessa prassi ministeriale, di come dall'affidamento e dalla segregazione sottesi a qualsiasi tipologia di trust derivi l'impossibilità giuridica di alcun arricchimento del trustee. Altri sono i soggetti che dovranno essere eventualmente incisi dal tributo(35): il beneficiario del trust solutorio (secondo l'imposta applicabile al negozio sotteso), il beneficiario del trust liberale (nei limiti di applicabilità del tributo sulle donazioni), in senso più dubitativo lo stesso trust entificato ai soli fini fiscali (quando abbia in qualche modo la finalità principale nella cristallizzazione di un patrimonio). Non si vede al contrario l'emersione di alcuna capacità contributiva nei c.d. trust di ritorno (generalmente con funzioni di garanzia), dove la figura del beneficiario coincide con quella del disponente, quando chiaramente sussumibili ad un mandato "rafforzato".

La ricostruzione proposta risulta poi del tutto coerente con la tendenziale fungibilità del trustee. Un trust potrebbe infatti nascere come auto-dichiarato e poi, per avventura, vedere successivamente variare il trustee (per morte, revoca, o dimissioni) e di conseguenza la titolarità dei cespiti. La successione da un trustee all'altro del complesso dei diritti segregati è infatti un vero e proprio trasferimento, ma privo di indici di emersione di qualsivoglia capacità contributiva(36).

Da quanto rilevato, pare ragionevole ritenere, in posizione critica rispetto alla pronuncia in commento, che l'atto di segregazione di beni, così come quello di reintestazione degli stessi al disponente-beneficiario, anche in trust privi di profili di liberalità, debba, nei termini e limiti in precedenza evidenziati, scontare l'imposizione di registro in misura fissa, non diversamente dal regime previsto nei casi di intestazione fiduciaria di partecipazioni societarie o immobili(37).

§ 5. Conclusioni.

La fiscalità del trust nell'imposizione indiretta non appare ancora delineata in modo chiaro e coerente nell'interpretazione ministeriale. L'unica distinzione che la prassi amministrativa sembra tracciare è quella tra trust con profili di liberalità, rispetto ai quali, pur ancora in mancanza di una pronuncia

espressa, dovrebbe trovare applicazione l'imposta sulle donazioni applicata ai beneficiari, e quelli, privi di tali profili, per i quali l'Amministrazione finanziaria pare oramai essersi appiattita su una tassazione che prevede l'applicazione dell'imposta proporzionale di registro al 3% sia all'atto di segregazione dei beni in trust, sia a quello di attribuzione dei beni ai beneficiari al termine del trust.

Questa ricostruzione del regime impositivo non sembra coerente con tutte le tipologie di trust. Sarebbe quindi opportuno un ulteriore sforzo interpretativo da parte dell'Agenzia delle Entrate – non dissimile da quello già compiuto nel campo dell'imposizione diretta – che, anche ai fini dell'imposta sui trasferimenti, applichi moduli impositivi differenziati, conformi alla poliedricità dell'istituto e ai reali interessi perseguiti dalle parti.

Note:

(Continua nota 34)

Sui rapporti tra il presupposto dell'imposta di registro e la capacità contributiva, vedi, in particolare, F. Gaffuri, Il presupposto del tributo di registro e la capacità contributiva (nota a Cass., I Sez., 26 maggio 1967, n. 1149, Amm. Finanze Stato e Comune di Milano c. Soc. Ligure Lombarda Aedes), Giur. it., 1968, I, 1, 987; F. Tesaro, Novità e problemi nella disciplina dell'imposta di registro, Riv. dir. fin., 1975, I, 90. Per una panoramica delle varie posizioni espresse sulla natura dell'imposta di registro e per ampi riferimenti bibliografici, vedi A. Uckmar – V. Uckmar, voce "Registro (imposta di)", Nov. Dig. It., vol. XV, Torino, 1968, 39; V. Uckmar – R. Dominici, voce "Registro (imposta di)", Nov. Dig. It. Appendice, vol. VI, Torino, 1986, 540; B. Santamaria, voce "Registro (imposta di)", Enc. dir., vol. XXXIX, Milano 1988, 533; V. Uckmar – R. Dominici, voce "Registro (Imposta di)", Dig. Disc. Priv., Sez. Comm., vol. XII, Torino, 1996, 258.

(35) La tesi della segregazione di beni in trust come atto neutro da un punto di vista fiscale, e come tale sottoposto ad imposizione indiretta in misura fissa, seguito da successivi atti di trasferimento ai beneficiari soggetti alla tassazione propria del negozio a cui corrisponde, è stata già evidenziata in Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 80/2003/T [supra, nota 15], peraltro nella prospettiva non condivisibile che l'atto di istituzione di beni in trust non è equiparabile ad un trasferimento di proprietà. I diritti segregati in trust vengono infatti effettivamente trasferiti al trustee che ne dispone coi poteri del pieno proprietario (vedi, con ampi riferimenti, M. Lupoi, Trusts [supra, nota 7], passim), salvo tuttavia quanto precisato in tema di affidamento, segregazione e capacità contributiva.

(36) Sul punto lo Studio realizzato dal Gruppo di lavoro presso la Direzione delle Entrate dell'Emilia Romagna, Il trust riconosciuto in Italia [supra, nota 21], al punto 1.1.4.

(37) In tema di imposta di registro agli atti di intestazione a società fiduciaria e reintestazione degli stessi ai fiduciari di immobili, v. Agenzia delle Entrate, Direzione Regionale Lombardia, Risposta a Interpello 31 dicembre 2001, prot. n. 118299, in questa Rivista, 2002, 642; Agenzia delle Entrate, Direzione Regionale Emilia Romagna, Risposta a Interpello 13 marzo 2003, prot. n. 909-14280/2003, in questa Rivista, 2003, 655; Consiglio Nazionale del Notariato, Studio 6 maggio 2004, n. 86/2003/T.

Tassazione indiretta degli atti dispositivi dal disponente al trustee

di Gian Franco Condò

SOMMARIO: § 1. Premessa. – § 2. Principi in materia di imposta di registro. – § 3. L'applicazione dell'imposta di registro all'atto traslativo di beni al trustee. – § 4. Conclusione.

§ 1. Premessa.

L'amministrazione finanziaria nella risposta ad interpello 28 settembre 2004(1) prende in considerazione la seguente fattispecie: il bene in trust è costituito da un immobile di rilevante interesse storico ed artistico e da una dotazione finanziaria; scopo del trust è quello di consentire il mantenimento della indivisibilità, della inalienabilità, della unitarietà, della valorizzazione dell'immobile; il trustee deve consentire al disponente e, dopo la sua morte, agli eredi legittimi e alle famiglie, di utilizzare parte del complesso immobiliare; esaurita la funzione del trust il bene tornerà allo stesso disponente o, nel caso in cui al momento della disposizione finale egli sia deceduto, ai suoi eredi legittimi o testamentari.

L'amministrazione finanziaria ritiene tassabile l'atto istitutivo di trust con l'imposta fissa di registro e l'atto di attribuzione al trustee del bene immobile con l'aliquota del 3% prevista dall'art. 9 tariffa allegata al D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131.

Mi limito qui ad approfondire le modalità di tassazione degli atti dispositivi dal disponente al trustee qualora essi siano ritenuti soggetti all'aliquota del 3% prevista dall'art. 3 della tariffa allegata al D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131.

§ 2. Principi in materia di imposta di registro.

L'art. 9 della tariffa allegata al D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131, prevede "Atti diversi da quelli altrove indicati aventi per oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale".

I problemi di fondo da risolvere sono quelli della determinazione della base imponibile e della possibilità o meno per il fisco di procedere all'accertamento del valore indicato in atto.

È opportuno, quindi, verificare rapidamente le norme della legge di registro che si occupano di questi profili.

L'art. 1 prevede che l'imposta di registro si applica nella misura indicata nella tariffa allegata.

L'art. 20 prevede che l'imposta di registro sia applicata secondo l'intrinseca natura e gli effetti giuridici degli atti anche se non vi corrisponda il titolo o la forma apparente: la norma sottolinea il principio secondo cui ciò che conta ai fini dell'imposta è l'esistenza di un atto in quanto il tributo si caratterizza come imposta d'atto ed è diretto a colpire il contenuto negoziale dell'atto stesso.

L'art. 41 prevede che l'imposta è liquidata mediante l'applicazione, alla base imponibile determinata secondo le disposizioni del titolo IV (articoli 43 e seguenti), delle aliquote indicate nella tariffa (nota bene: il riferimento alla base imponibile è fondamentale).

L'art. 43 prevede che la base imponibile è costituita:

"a) per i contratti a titolo oneroso traslativi o costitutivi di diritti reali dal *valore* del bene o del diritto alla data dell'atto [...]";

"c) per i contratti che importano l'assunzione di un'obbligazione di fare in corrispettivo della cessione di un bene o dell'assunzione di altra obbligazione di fare, dal *valore* del bene ceduto o della prestazione che dà luogo all'applicazione della maggiore imposta [...]";

"e) per gli atti portanti assunzione di un'obbligazione che non costituisce corrispettivo di altra prestazione, [...] *dall'ammontare dell'obbligazione assunta [...] e, se questa ha per oggetto un bene diverso dal denaro, dal valore del bene alla data dell'atto [...]*";

"h) per i contratti diversi da quelli indicati nelle lettere precedenti, aventi per oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale, dall'ammontare dei corri-

Note:

Gian Franco Condò è notaio in Lecco.

(1) In questa Rivista, 2005, 294.

Saggi

spettivi in denaro pattuiti per l'intera durata del contratto"(2).

In quale misura è applicabile l'art. 43 all'atto di trasferimento di beni immobili dal disponente al trustee, qualora esso sia tassato ex art. 9 della tariffa?

Prima di rispondere a questa domanda, conviene richiamare le disposizioni contenute nell'art. 51, sul valore da attribuire alla base imponibile e quelle, contenute nell'art. 52, sulla rettifica del valore dichiarato dal contribuente.

L'art. 51, I comma detta il principio generale secondo cui "1. Ai fini dei precedenti articoli si assume come valore dei beni o dei diritti [...] salvo il disposto dei commi successivi, *quello dichiarato dalle parti nell'atto* e, in mancanza o se superiore, il corrispettivo pattuito per l'intera durata del contratto"(3).

Il II comma prevede che "per gli atti che hanno per oggetto beni immobili o diritti reali immobiliari(4), [...] si intende per valore il valore venale in comune commercio".

Il III comma prevede che "per gli atti che hanno per oggetto beni immobili o diritti immobiliari l'ufficio del registro, ai fini dell'eventuale rettifica, controlla il valore di cui al comma 1 avendo riguardo ai trasferimenti a qualsiasi titolo e alle divisioni e perizie giudiziarie, anteriori di non oltre tre anni alla data dell'atto [...] che abbiano avuto per oggetto gli stessi immobili o altri di analoghe caratteristiche e condizioni [...]".

Il IV comma è riferito agli atti che hanno per oggetto aziende o diritti reali sulle stesse.

L'art. 52 prevede "1. L'ufficio, se ritiene che i beni e i diritti di cui ai commi 3 e 4 dell'art. 51 hanno un valore venale superiore al valore dichiarato o al corrispettivo pattuito, provvede con lo stesso atto alla rettifica e alla liquidazione della maggiore imposta [...]".

Il IV comma dell'art. 52 prevede che non sono sottoposti a rettifica il valore o il corrispettivo degli immobili iscritti in catasto con attribuzione di rendita dichiarati in misura non inferiore al valore determinato con l'applicazione dei coefficienti previsti.

Occorre, allora, coordinare queste disposizioni con quelle dell'art. 43, facendo riferimento all'atto con il quale il disponente trasferisce un bene immobile al trustee senza corrispettivo e ponendosi due interrogativi: quale valore deve dichiarare il contribuente? È tale dichiarazione di valore soggetta ad accertamento?

§ 3. L'applicazione dell'imposta di registro all'atto traslativo di beni al trustee.

Va innanzitutto notato che le lettere a) e c) dell'art. 43 prevedono ipotesi di base imponibile costituita dal "valore", come tale accertabile dall'ufficio; che la lettera e) prevede invece una ipotesi di base imponibile non soggetta ad accertamento (ammontare della obbligazione assunta) ed una ipotesi di base imponibile soggetta ad accertamento (valore del bene alla data dell'atto); che la lettera h) prevede una base imponibile costituita "dall'ammontare dei corrispettivi pattuiti", come tale non soggetta ad accertamento.

Restando all'interno della logica della risposta ad interpello che si commenta, l'atto col quale si trasferiscono beni al trustee non potrebbe considerarsi né una liberalità indiretta né un contratto a titolo oneroso, traslativo o costitutivo di diritti reali: il che esclude l'applicabilità dell'art. 43, I comma, lettera a) e dell'art. 52, I comma.

L'atto non potrebbe nemmeno considerarsi come assunzione di un'obbligazione di fare in corrispettivo della cessione di un bene (art. 43, I comma, lettera c)); la natura del trust è completamente diversa: "i compiti del trustee non costituiscono il corrispettivo del trasferimento del bene" (l'amministrazione finanziaria nella risposta ad interpello del 28 settembre 2004 afferma anche che "il disponente non riceve alcuna contropartita"); nemmeno può ritenersi che l'atto traslativo di un bene al trustee possa configurarsi come assunzione di un'obbligazione che non costituisce corrispettivo di altra prestazione, dato che le obbligazioni del trustee sono assunte esclusivamente nel contesto dell'atto istitutivo del trust.

La lettera h) del comma primo dell'art. 43 prevede espressamente che per i contratti diversi aventi per oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale, la base imponibile è costituita dall'*ammontare dei corrispettivi in denaro pattuiti* per l'intera durata del contratto, escludendo di per sé il procedimento di accertamento.

Note:

(2) Corsivo aggiunto.

(3) Corsivo aggiunto.

(4) O, meglio, come è chiarito dal comma successivo e dal I comma, lettera a), dell'art. 43, il trasferimento di tali beni o diritti.

Se si ritenessero applicabili gli articoli 43, 51, 52, si escluderebbe l'applicabilità dell'art. 9 tariffa; la inapplicabilità degli art. 43, 51, 52, oltre che dalle sintetiche considerazioni prima svolte, deriva dalla stessa natura residuale dell'art. 9 tariffa: la norma è applicabile quando la fattispecie non rientra in altre previste dalla legge, quando cioè si tratti di una qualsiasi fattispecie caratterizzata, oltre che dalla mancata previsione di essa in altre norme, dall'aver per oggetto una prestazione a contenuto patrimoniale.

Si renderanno, invece, applicabili il principio generale contenuto nell'art. 51, I comma (valore dichiarato dalle parti) e la specificazione del principio generale costituita dalla lettera h) dell'art. 43.

§ 4. Conclusione.

Nessuna specifica norma richiede che, in materia di trust, venga evidenziato, nell'atto dispositivo in favore del trustee, o un corrispettivo o un valore riferibili ai beni attribuiti al trustee, valore che potrebbe essere solo quello dell'immobile trasferito al trustee, senza peraltro che allo stesso derivi alcun arricchimento né a titolo gratuito né a titolo oneroso.

Consegue la legittimità di indicare nell'atto di trasferimento di bene immobile al trustee una somma ai soli fini dell'applicazione dell'art. 9 della tariffa, senza alcun riferimento al valore dei beni immobili attribuiti al trustee.

Saggi

Il riconoscimento dei trust interni da parte del Tribunale di Firenze

di Gabriella La Torre

SOMMARIO: § 1. Premessa. – § 2. Libertà di scelta della legge regolatrice del trust. Articolo 6 della Convenzione de L'Aja. – § 3. Mancata violazione dell'articolo 832 cod. civ. – § 4. Mancata violazione dell'articolo 2740 cod. civ. – § 5. Compatibilità del riconoscimento con l'articolo 13 della Convenzione.

§ 1. Premessa.

Il caso sottoposto all'esame del Tribunale di Firenze⁽¹⁾ ha preliminarmente investito l'organo giudicante sulla questione relativa all'ammissibilità dei trust interni.

La tesi contraria al riconoscimento si fonda sulle seguenti argomentazioni:

1) la libertà di scelta della legge regolatrice prevista dall'articolo 6 della Convenzione de L'Aja, presupporrebbe comunque l'esistenza di una fattispecie caratterizzata da elementi di internazionalità;

2) l'articolo 5 della Convenzione secondo il quale "la Convenzione non si applica qualora la legge specificata al capitolo II non preveda l'istituto del trust o la categoria di trust in questione", da cui conseguirebbe il "non riconoscimento quale trust, di un rapporto giuridico che abbia in Italia il suo centro di gravità perché ivi sono localizzati in misura preponderante i beni, perché ivi ha residenza il fiduciario, perché ivi ha sede l'amministrazione dei beni"⁽²⁾;

3) l'istituzione di un trust retto dal diritto inglese, quando tutti gli altri elementi si riferiscono all'ordinamento italiano, potrebbe essere considerata una costruzione "abusiva", che non potrebbe condurre alla deroga di disposizioni imperative del diritto italiano. Secondo infatti questo orientamento il ricorso ad una legge straniera che conosca e regolamenti il trust realizzerebbe una "costruzione abusiva in *fraudem legis*" potendosi ammettere solo in presenza di elementi di transnazionalità e che, anche in tale ultima ipotesi, il riconoscimento non potrebbe comunque operare ove il trust confligga con norme inderogabili (art. 15 della Convenzione) o con norme di applicazione necessaria (art. 16 della Convenzione)⁽³⁾;

4) divieto di riconoscimento del trust interno per violazione dell'articolo 832 cod. civ.;

5) divieto di riconoscimento del trust interno per violazione dell'articolo 2740 cod. civ., quale norma inderogabile o di applicazione necessaria;

6) divieto di riconoscimento del trust interno conformemente al dettato dell'articolo 13 della Convenzione de L'Aja.

§ 2. Libertà di scelta della legge regolatrice del trust. Articolo 6 della Convenzione de L'Aja.

Tali assunti sono stati tutti correttamente respinti dall'organo giudicante, il quale ha ripercorso l'iter che dottrina e giurisprudenza hanno da tempo espletato.

È ormai pacifico che per "trust interno" si intende quel trust i cui elementi soggettivi ed oggettivi fanno capo ad un determinato ordinamento "che non qualifica lo specifico rapporto come trust nel senso accolto dalla convenzione, mentre esso è regolato da una legge straniera che gli attribuisce quella qualificazione"⁽⁴⁾.

Per riconoscimento, ai sensi della Convenzione,

Note:

Gabriella La Torre è avvocato in Firenze.

(1) Trib. Firenze, 2 luglio 2005, in questa Rivista, 2006, 89.

La sentenza è commentata anche da D. Parisi, Trust e comunione ereditaria, *infra*, 206.

(2) G. Broggin, Il trust nel diritto internazionale privato italiano, in I. Beneventi (cur.), I trusts in Italia oggi, Milano, 1996, 11, a p. 21.

Trib. Belluno, 25 settembre 2002 in questa Rivista, 2003, 255, secondo il quale, a p. 271: "L'art. 13 comporta quindi l'introduzione, in sede di riconoscimento del trust, di limiti più ristretti rispetto a quelli, più ampi, previsti dall'art. 6 per l'individuazione della legge applicabile, consentendo agli Stati non trust di rifiutare il riconoscimento di un trust che, negli elementi più significativi, indipendenti dalla volontà dello stesso disponente [...] possa essere considerato meramente interno ad uno Stato che non conosce l'istituto".

(3) G. Broggin, Il trust [*supra*, nota 2]; Trib. Belluno, 25 settembre 2002 [*supra*, nota 2].

(4) M. Lupoi, I trust nel diritto civile, in Trattato di Diritto Civile diretto da R. Sacco, I diritti reali, Torino, 2004, p. 263.

si intendono gli effetti che la legge straniera, regolatrice del trust, esplica nel foro(5).

Da tali assunti il problema che è sorto è sull'ammissibilità del riconoscimento di un trust, ai sensi della Convenzione de L'Aja, che abbia quale unico elemento di transnazionalità la legge e se ciò non sia in conflitto con norme interne.

L'articolo 6 della Convenzione(6) enuncia il principio della libertà di scelta della legge regolatrice da parte del disponente. Qualora tale scelta non sia stata fatta, interviene l'articolo 7(7), secondo il quale è possibile far ricorso alla normativa del paese di più stretto collegamento.

Come è stato da più parti osservato, dalla formulazione dell'articolo 6 risulta evidente che la Convenzione stessa non ha in alcun modo indicato quale presupposto per la sua applicazione la presenza di elementi di estraneità ulteriori rispetto alla scelta della legge straniera(8). Unico limite è quello previsto dall'articolo 5(9) secondo cui il diritto applicabile (la legge scelta dal disponente ex articolo 6, o in alternativa quella individuabile ai sensi dell'articolo 7), conosca il trust o la categoria di trust in questione.

Anche i lavori preparatori relativi all'articolo 6 confermano l'intenzione di legare l'esercizio del potere di scelta della legge regolatrice da qualunque altro elemento di internazionalità. Infatti non furono approvate né la proposta secondo la quale la legge scelta doveva avere un "legame effettivo" con il trust, né la proposta secondo cui non sarebbe stato sufficiente avere come unico elemento di internazionalità la legge straniera scelta(10). Il Comitato di redazione, nel respingere tali proposte, ha riconosciuto alla volontà delle parti un ampio potere dispositivo(11), richiedendo quale unico limite che la legge scelta preveda l'istituto del trust o la categoria di trust in questione (articolo 5 della Convenzione), attribuendo quindi alla volontà del disponente un ruolo decisivo(12), e senza richiedere alcun ulteriore elemento di transnazionalità. La presente convenzione è stata poi ratificata dal nostro legislatore senza alcuna riserva nonostante la facoltà concessagli dall'articolo 21 della Convenzione stessa.

Come è stato ribadito dal Tribunale di Firenze nella sentenza oggetto del presente esame "la scelta della legge applicabile è normalmente consentita, a prescindere dalla c.d. internazionalità del rapporto, in quanto rientra di massima nell'autonomia negoziale la facoltà di scelta della disciplina applicabile al

rapporto"(13). Principio questo da ritenersi acquisito dall'ordinamento internazionale privato.

L'art. 3 della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 (resa esecutiva con la Legge 18 dicembre 1984, n. 975) prevede espressamente la libertà di scelta della legge regolatrice del contratto anche nei casi in cui si tratti di un rapporto contrattuale privo di elementi di internazionalità.

Note:

(5) M. Lupoi, *Trusts*, II ed., Milano, 2001, p. 275.

(6) Si riporta la traduzione del testo dell'articolo 6 della Convenzione così come proposta dall'Associazione "Il trust in Italia" in R. Dabormida – P. Dibari – A. Fusi – E. Incisa di Camerana – G. La Torre – D. Mazzone – F. Steidl, *Leggi tradotte, Trusts, Quaderni*, n. 1, Milano, 2001, 1: "Il trust è regolato dalla legge scelta dal disponente. La scelta deve essere espressa oppure risultare dalle disposizioni dell'atto che istituisce il trust o ne fornisce la prova, interpretate se necessario alla luce delle circostanze del caso.

Qualora la legge scelta in applicazione al precedente comma non preveda l'istituto del trust o la categoria del trust in questione, tale scelta è senza effetto e verrà applicata la legge di cui all'art. 7".

(7) Si riporta la traduzione del testo dell'articolo 7 della Convenzione così come proposta dall'Associazione "Il trust in Italia" in R. Dabormida – P. Dibari – A. Fusi – E. Incisa di Camerana – G. La Torre – D. Mazzone – F. Steidl, *Leggi tradotte* [supra, nota 6]: "Qualora non sia stata scelta alcuna legge, il trust sarà regolato dalla legge con la quale ha collegamenti più stretti.

Per determinare la legge con la quale il trust ha collegamenti più stretti, si fa riferimento in particolare:

- a. al luogo di amministrazione del trust designato dal disponente;
- b. alla ubicazione dei beni del trust;
- c. alla residenza o domicilio del trustee;
- d. allo scopo del trust e al luogo dove esso deve essere realizzato".

(8) L. Rovelli, *Libertà di scelta della legge regolatrice*, in questa Rivista, 2001, 505; Trib. Bologna, 1° ottobre 2003, in questa Rivista, 2004, 67.

(9) Si riporta la traduzione del testo dell'articolo 5 della Convenzione così come proposta dall'Associazione "Il trust in Italia" in R. Dabormida – P. Dibari – A. Fusi – E. Incisa di Camerana – G. La Torre – D. Mazzone – F. Steidl, *Leggi tradotte* [supra, nota 6]: "La Convenzione non si applica qualora la legge specificata al capitolo II non preveda l'istituto del trust o la categoria di trust in questione".

(10) L. Rovelli, *Libertà di scelta* [supra, nota 8]; S. M. Carbone, *Autonomia privata, scelta della legge regolatrice del trust e riconoscimento dei suoi effetti nella Convenzione dell'Aja del 1985*, in questa Rivista, 2000, 145.

(11) M. Lupoi, *Trusts* [supra, nota 5].

(12) L. Rovelli, *Libertà di scelta* [supra, nota 8].

G. Fanticini, *La giurisprudenza sui trust interni, relazione al Convegno internazionale su "I trust interni e la legge della Repubblica di San Marino: opportunità e problemi applicativi"*, organizzato dalla Facoltà di Economia di Rimini in collaborazione con l'Associazione "Il trust in Italia", svoltosi a Rimini il 25 novembre 2005.

Trib. Pisa, 22 dicembre 2001, in questa Rivista, 2002, 241, che, investito della questione della trascrivibilità di un trust auto-dichiarato, ha affermato (a p. 242): "Questo trust deve considerarsi riconosciuto in Italia, in virtù di quell'unico ma espansivo elemento di estraneità all'ordinamento italiano che è rappresentato dal richiamo alla legge inglese".

(13) S. M. Carbone, *Autonomia privata* [supra, nota 10].

Saggi

Non è dunque ravvisabile alcun divieto per il nostro ordinamento di istituire un trust nonostante l'assenza di norme interne che lo disciplinano ed anzi, per usare le parole del Tribunale di Bologna(14), "la scelta della legge regolatrice del trust costituisce una necessità che discende dalla insussistenza di tale istituto nel nostro ordinamento".

Dalla formulazione degli articoli 6(15) e 14(16) appare altresì di tutta evidenza lo spirito di "favor validitatis" a cui la Convenzione si è ispirata(17). Ne consegue, come giustamente osservato dal Tribunale di Firenze, che un trust c.d. interno non sia da considerare a priori come una "costruzione abusiva" con la "conseguente inesorabile evaporazione della stessa idea di trust interno"(18), dovendosi di contro valutare in concreto "l'assenza di contrasto con norme imperative del diritto nazionale, oltre che la meritevolezza dell'interesse perseguito".

La stessa Convenzione agli articoli 15, 16, 18, e 19(19) prevede la salvaguardia delle norme imperative in determinate materie, delle norme di applicazione necessaria, di ordine pubblico e la piena competenza degli Stati contraenti in materia fiscale. Pertanto, ferma la libertà di scelta della legge straniera regolatrice, sancita dall'articolo 6, l'eventuale impiego "abusivo del trust" si potrà sostenere solo là dove si provi l'assenza di "qualsiasi legittima giustificazione all'impiego del trust ed alla scelta della legge ad esso applicabile"(20), abuso che se provato potrebbe portare all'estrema conseguenza del non riconoscimento del trust conformemente a quanto previsto nell'articolo 13(21) della Convenzione(22).

§ 3. Mancata violazione dell'articolo 832 cod. civ.

Il riconoscimento del trust "interno" ai sensi della Convenzione de L'Aja, non può essere negato sulla base di una presunta violazione dell'art. 832 cod.

Note:

(14) Trib. Bologna, 16 giugno 2003, in questa Rivista, 2003, 580, a p. 581.

(15) Per il testo dell'articolo, v. *supra*, nota 6.

(16) Si riporta la traduzione del testo dell'articolo 14 della Convenzione così come proposta dall'Associazione "Il trust in Italia" in R. Dabormida - P. Dibari - A. Fusi - E. Incisa di Camerana - G. La Torre - D. Mazzone - F. Steidl, Leggi tradotte [*supra*, nota 6]: "La Convenzione non costituisce ostacolo all'applicazione di norme di legge maggiormente favorevoli al riconoscimento del trust".

(17) S. M. Carbone, *Autonomia privata* [*supra*, nota 10].

(18) E. Nuzzo, *E luce fu sul regime fiscale del trust*, Banca borsa, 2002, II, 244, a p. 248.

(19) Si riporta la traduzione del testo degli articoli, così come proposta dall'Associazione "Il trust in Italia" in R. Dabormida - P. Dibari - A. Fusi - E. Incisa di Camerana - G. La Torre - D. Mazzone - F. Steidl, Leggi tradotte [*supra*, nota 6]: "Articolo 15: La Convenzione non costituisce ostacolo all'applicazione delle disposizioni della legge designata dalle norme sul conflitto di leggi quando per un atto volontario non possa derogare ad esse, in particolare nelle seguenti materie:

- a. protezione dei minori e degli incapaci;
- b. effetti personali e patrimoniali del matrimonio;
- c. testamenti e devoluzione ereditaria, in particolare la successione necessaria;
- d. trasferimento della proprietà e le garanzie reali;
- e. protezione dei terzi in buona fede.

Articolo 16: La Convenzione non pregiudica l'applicazione di quelle norme sui conflitti di legge la cui applicazione si impone anche alle situazioni internazionali qualunque sia la legge designata dalle norme di conflitto stesse.

In via eccezionale si può attribuire efficacia alle norme di altro Stato il quale presenti un collegamento sufficientemente stretto con l'oggetto della controversia.

Ogni Stato contraente potrà dichiarare, con riserva, di non voler applicare la disposizione del secondo comma del presente articolo.

Articolo 17: Ai sensi della Convenzione, il termine legge indica le norme di legge in vigore in uno Stato, ad esclusione delle norme sui conflitti di legge.

Articolo 18: Le disposizioni della Convenzione possono essere disattese qualora la loro applicazione sia manifestamente contraria all'ordine pubblico.

Articolo 19: La Convenzione non deroga alla competenza degli Stati in materia fiscale".

(20) S. M. Carbone, *Trust interno e legge straniera*, in questa Rivista, 2003, 333. Di pari opinioni, R. Luzzatto, "Legge applicabile" e "riconoscimento" di trusts secondo la Convenzione dell'Aja, in questa Rivista, 2000, 7; G. Fanticini, *La giurisprudenza sui trust interni* [*supra*, nota 12]; Trib. Bologna, 16 giugno 2003 [*supra*, nota 14]; Trib. Bologna, 18 aprile 2000, in questa Rivista, 2000, 372, a p. 373, secondo cui "In linea generale va peraltro richiamata la considerazione pressoché unanimemente espressa dagli interpreti, secondo la quale, ove fossero individuati elementi ostativi *tout court*, verrebbe a cadere qualsiasi effetto al riconoscimento che lo Stato Italiano ha operato dell'istituto del trust con l'adesione e successiva ratifica della Convenzione de L'Aja". *Contra*, Trib. Santa Maria Capua Vetere, 14 luglio 1999, *ivi*, 251.

(21) Si riporta la traduzione del testo dell'articolo 13 come proposta dall'Associazione "Il trust in Italia" in R. Dabormida - P. Dibari - A. Fusi - E. Incisa di Camerana - G. La Torre - D. Mazzone - F. Steidl, Leggi tradotte [*supra*, nota 6]: "Nessuno Stato è tenuto a riconoscere un trust i cui elementi significativi, ad eccezione della legge applicabile, del luogo di amministrazione o della residenza abituale del trustee, siano collegati più strettamente alla legge di Stati che non riconoscono l'istituto del trust o la categoria del trust in questione".

(22) Come ha osservato S. M. Carbone, *Autonomia privata* [*supra*, nota 10], a p. 145 s.: "In questa prospettiva [...] può essere condiviso il contenuto del decreto adottato dal Tribunale di S. Maria Capua Vetere del 14 luglio 1999 in cui non si riconoscono gli effetti di un trust interno in quanto precisi elementi [...] hanno consentito di rilevare la presenza di circostanze da cui dedurre un abuso della regola normativa che permette la scelta della legge applicabile [...]". Il mancato riconoscimento "è dipeso non tanto perché si è in presenza della sola scelta della legge di un ordinamento in cui inquadrare e da cui far regolare il trust interno, bensì perché tale scelta, da un lato non è giustificata da alcun interesse o ragione meritevole di tutela e, dall'altro presenta inequivoci elementi di sospetto di impiego abusivo di tale scelta".

Per una nota critica al decreto del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, v. A. Gambaro, *Trasferimento di quote sociali al trustee: iscrizione nel registro delle imprese*, in questa Rivista, 2000, 225.

civ. Osserva infatti il Tribunale che con l'istituzione di un trust non si realizza una scissione del diritto di proprietà, ma si crea un rapporto dialettico fra due coesistenti diritti su uno stesso bene: il "legal estate", ai fini dell'amministrazione, e "l'equitable estate", ai fini del godimento, principi questi tipici del diritto inglese.

La nozione di *legal estate* e, quindi, della proprietà è rimessa al diritto comune, mentre spetta all'*equity* stabilire quali siano i comportamenti contrari alla coscienza, senza che ciò comporti una violazione della nozione civilistica del diritto di proprietà di cui al citato articolo.

È stato osservato che la titolarità in capo al trustee dei beni del trust è una sorta di proprietà fiduciaria temporanea, funzionalizzata alla realizzazione dello scopo del trust⁽²³⁾, evidenziando che la causa del trust e quindi dell'attribuzione patrimoniale al trustee è da individuare nell'intenzione del disponente di avvantaggiare il beneficiario; ovvero è da considerare come una proprietà piena, per cui la presunta contrapposizione tra proprietà legale in capo al trustee e proprietà equitativa in capo al beneficiario non ha alcun fondamento. L'unico proprietario è il trustee il quale eserciterà il suo diritto nel rispetto del programma contenuto nell'atto di trust, mentre il diritto del beneficiario è di natura obbligatoria⁽²⁴⁾.

Si legge infatti nel testo della sentenza a commento: "i diritti del beneficiario di un trust (la sua *equitable ownership*), sarebbero posti a carico del trustee e non ricavati dal suo diritto, ciò che escluderebbe ogni possibile contrasto con l'articolo 832 c.c."

§ 4. Mancata violazione dell'articolo 2740 cod. civ.

Anche l'eccezione della non riconoscibilità del trust per effetto della presunta violazione dell'articolo 2740 cod. civ. quale norma italiana inderogabile o di applicazione necessaria, è stata respinta dall'organo giudicante, il quale ha accolto un principio da più parti sostenuto sia in dottrina che in giurisprudenza.

Il divieto imposto dal secondo comma dell'art. 2740 cod. civ., secondo cui "le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge", pone il problema della compatibilità del riconoscimento del trust interno che ha tra gli effetti naturali quello proprio della segregazione. Gli ar-

ticoli 2 e 11 della Convenzione⁽²⁵⁾ individuano il contenuto minimo che il trust deve avere e gli effetti

Note:

(23) M. Lupoi, *Trusts* [supra, nota 5], p. 615: "La causa del trust è da rinvenirsi nel programma della segregazione di una o più posizioni soggettive unitariamente considerate (beni del trust), delle quali il disponente si spoglia, o trasferendole a un terzo (il trustee), o isolandole giuridicamente nel proprio patrimonio, per la tutela di interessi che l'ordinamento ritiene meritevoli di tutela (scopo del trust)".

(24) A. Palazzo, *Publicità immobiliare ed opponibilità del trust*, in questa Rivista, 2002, 337; Trib. Bologna, 18 aprile 2000 [supra, nota 20]; M. Lupoi, *Trusts* [supra, nota 5], p. 291 s.; F. Scaglione, *Compatibilità del trust con il sistema italiano*, in questa Rivista, 2005, 544.

Trib. Velletri, 29 giugno 2005, in questa Rivista, 2005, 577, a p. 581: "In particolare, ormai abbandonata è la tesi che individua nel trust uno sdoppiamento del diritto di proprietà, con la proprietà formale che restava in capo al trustee e quella sostanziale (c.d. *equitable ownership*) ai beneficiari [...] in realtà, nel trust anglosassone il diritto di proprietà viene trasferito dal disponente al trustee una volta per tutte. I beneficiari sono titolari di un diritto di credito verso il trustee".

Trib. Venezia, 4 gennaio 2005, ivi, 245, a p. 246: "[...] si deve però subito rilevare che non è la nascita di un nuovo diritto reale, né uno sdoppiamento del diritto di proprietà, ma il semplice trasferimento di un diritto reale da un soggetto ad un altro che accetta detto trasferimento - e questo è essenziale - ad un obbligo di amministrazione e di gestione".

(25) Si riporta la traduzione del testo degli articoli 2 e 11 della Convenzione, come proposta dall'Associazione "Il trust in Italia" in R. Dabormida - P. Dibari - A. Fusi - E. Incisa di Camerana - G. La Torre - D. Mazzone - F. Steidl, *Leggi tradotte* [supra, nota 6]: "Articolo 2: Ai fini della presente Convenzione, per trust si intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona, il disponente con atto tra vivi o *mortis causa*, qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di un trustee, nell'interesse di un beneficiario o per un fine determinato.

Il trust è caratterizzato dai seguenti elementi:

- a. i beni in trust costituiscono una massa distinta e non sono parte del patrimonio del trustee;
- b. i beni in trust sono intestati al trustee o ad un altro soggetto per conto del trustee;
- c. il trustee è investito del potere e onerato dell'obbligo, di cui deve rendere conto, di amministrare, gestire o disporre dei beni in conformità alle disposizioni del trust e secondo le norme imposte dalla legge al trustee. Il fatto che il disponente conservi alcuni diritti e facoltà o che il trustee abbia alcuni diritti in qualità di beneficiario non è necessariamente incompatibile con l'esistenza di un trust.

Articolo 11: Un trust istituito in conformità alla legge determinata in base al capitolo precedente sarà riconosciuto come trust.

Tale riconoscimento implica, quanto meno, che i beni in trust rimangano distinti dal patrimonio personale del trustee, che il trustee abbia la capacità di agire ed essere convenuto in giudizio, di comparire, in qualità di trustee, davanti ai notai o altre persone che rappresentino un'autorità pubblica.

Nella misura in cui la legge applicabile lo richieda o lo preveda, tale riconoscimento implica in particolare:

- a. che i creditori personali del trustee non possano rivalersi sui beni in trust;
- b. che i beni in trust siano segregati rispetto al patrimonio del trustee in caso di insolvenza di quest'ultimo o di suo fallimento;
- c. che i beni in trust non rientrino nel regime matrimoniale o nella successione del trustee;
- d. che la rivendicazione dei beni in trust sia permessa nella misura in cui il trustee, violando le obbligazioni risultanti dal trust, abbia confuso i beni in trust con i propri o ne abbia disposto. Tuttavia, i diritti ed obblighi di un terzo possessore dei beni sono disciplinati dalla legge applicabile in base alle norme di conflitto del foro".

Saggi

automatici che derivano dal trust al quale la Convenzione sia applicabile(26). Sempre dall'articolo 11(27) si ricava un obbligo per gli Stati contraenti di riconoscere gli effetti del trust istituito secondo le regole indicate nella Convenzione, la cui ratifica, è bene ricordare, è intervenuta da parte dello Stato Italiano con la Legge 16 ottobre 1989, n. 364 che non ha previsto alcuna riserva, nonostante la facoltà concessagli dall'articolo 21(28) della Convenzione stessa.

Tale circostanza ha indotto l'organo giudicante a ritenere che la legge di ratifica ha introdotto una eccezione di fonte legislativa al principio della responsabilità limitata, conformemente al dettato dell'articolo 2740 cod. civ., II comma(29).

Al pari, appaiono altresì pregevoli le argomentazioni di chi sostiene che in realtà la Convenzione non solo introduce norme uniformi di diritto internazionale privato, ma altresì un certo numero di norme sostanziali uniformi, quali appunto gli articoli 2 e 11(30), che hanno perciò introdotto "nell'ambito degli ordinamenti degli Stati contraenti un regime patrimoniale speciale di tipo segregativo che si pone come derogatorio rispetto alla normativa di diritto comune"(31).

A ciò si aggiunga che il nostro ordinamento già conosce molteplici casi di deroga al principio dell'unitarietà del patrimonio: basti pensare tra gli altri alla recente introduzione dell'articolo 2447 bis cod. civ. civile in materia di patrimoni separati delle società per azioni destinati ad uno specifico affare(32), o anche all'articolo 117 del codice delle assicurazioni private che ha introdotto la separazione patrimoniale dei premi pagati all'intermediario e delle somme destinate ai risarcimenti, disposizioni queste che smentiscono la portata di principio generale attribuita all'articolo 2740 cod. civ.(33), ed ha indotto gli interpreti a "fortemente ridimensionare" il principio di indivisibilità del patrimonio, dando il giusto rilievo agli interessi perseguiti dalle parti(34), tenuto altresì conto degli strumenti che il nostro ordinamento offre per reprimere ogni possibile abuso.

§ 5. Compatibilità del riconoscimento con l'articolo 13 della Convenzione.

Il Tribunale di Firenze ha inoltre respinto l'eccezione della non ammissibilità del riconoscimento del trust interno alla luce di quanto disposto dall'articolo 13 della Convenzione(35).

Come è stato da più parti osservato(36), questa

Note:

(26) M. Lupoi, I trust nel diritto civile [*supra*, nota 4], p. 260.

(27) Per il testo dell'articolo, v. *supra*, nota 25.

(28) Si riporta la traduzione del testo dell'articolo 21 della Convenzione come proposta dall'Associazione "Il trust in Italia" in R. Dabormida – P. Dibari – A. Fusi – E. Incisa di Camerana – G. La Torre – D. Mazzone – F. Steidl, Leggi tradotte [*supra*, nota 6]: "Ogni Stato contraente potrà riservarsi il diritto di applicare le disposizioni del capitolo III (Riconoscimento) ai soli trust la cui validità sia disciplinata dalla legge di uno Stato contraente".

(29) Conforme, Trib. Brescia, 12 ottobre 2004, in questa Rivista, 2005, 83, a p. 84: "[...] l'art. 11 della Convenzione rappresenta l'eccezione al principio di responsabilità illimitata con tutto il patrimonio del debitore, poiché di fonte legislativa".

Conforme, Trib. Verona, 8 gennaio 2003, in questa Rivista, 2003, 409.

(30) A. Gambaro, Trust e trascrizione, in questa Rivista, 2002, 346: "[...] gli articoli 11 e 12 compaiono nella parte della Convenzione che è interamente dedicata a prevedere gli adattamenti, ed i limiti agli adattamenti, che i sistemi non-trust debbono introdurre nel proprio ordinamento per dare riconoscimento agli effetti dei trust che operino nella loro giurisdizione". Cfr. M. Lupoi, Trusts [*supra*, nota 5], p. 529; Trib. Bologna, 1° ottobre 2003 [*supra*, nota 8], a p. 72: "La non applicabilità dell'articolo 2740 cod. civ., dunque, emerge direttamente dagli articoli 2 e 11 della Convenzione che identificano in modo esclusivo la fonte della segregazione nella proprietà qualificata del trustee e forniscono una nuova lettura del concetto di patrimonio".

(31) F. Scaglione, Compatibilità del trust [*supra*, nota 24].

M. Lupoi, Trusts [*supra*, nota 5], p. 529: "Queste tre regole dell'articolo 11 II co. si traducono in norme giuridiche del foro a prescindere dalla loro esistenza nella legge regolatrice del trust [...]".

(32) Cfr. S. M. Carbone, Trust interno e legge straniera [*supra*, nota 20], a p. 333; M. Lupoi, Lettera a un notaio conoscitore dei trust, in questa Rivista, 2002, 169.

(33) Trib. Bologna, 1° ottobre 2003 [*supra*, nota 8]; G. Fanticini, La giurisprudenza sui trust interni [*supra*, nota 12].

Contra, Trib. Napoli, 1° ottobre 2003, in questa Rivista, 2004, 74, a p. 74 che, nel negare il riconoscimento di un trust auto-dichiarato con conseguente sua non trascrivibilità, afferma: "Ciò determina solo la possibilità per il disponente di creare un proprio separato patrimonio, di cui è titolare ed amministratore, accanto al patrimonio originario, così sottraendo ad eventuali creditori la garanzia di cui all'articolo 2740 c.c. Anche normativamente questa possibilità è esclusa [...]. Questo risultato può essere raggiunto attraverso un istituto tipicamente disciplinato dal nostro ordinamento, quale il fondo patrimoniale".

(34) F. Scaglione, Compatibilità del trust [*supra*, nota 24]; Trib. Velletri, 29 giugno 2005 [*supra*, nota 24], a p. 583: "Trovando la detta disposizione [art. 2740 c.c.] la sua ratio nella protezione dell'interesse del creditore a soddisfarsi sul patrimonio del debitore, non è necessario, per conseguire tale obiettivo, individuare un limite all'autonomia privata, potendosi fare ricorso al sistema revocatorio. Bisogna cioè distinguere fra atti che mirano esclusivamente a ridurre la responsabilità dell'individuo, sottraendo volutamente i beni alla garanzia dei creditori, ed atti che incidono sul patrimonio del singolo, dando una specifica destinazione ai beni, senza, però, sottrarli ai creditori. Nel primo caso si ha una violazione dell'art. 2740 c.c., nel secondo l'atto è valido".

(35) Per il testo dell'articolo 13, v. *supra*, nota 21.

(36) S. M. Carbone, Autonomia privata [*supra*, nota 10]; M. Lupoi, I trust nel diritto civile [*supra*, nota 4], p. 267; Id., Introduzione ai trusts. Diritto inglese, Convenzione dell'Aja, Diritto italiano, Milano, 1994.

norma, oltre a prevedere una mera facoltà per gli Stati contraenti di non riconoscere un trust, rappresenta una norma di chiusura della Convenzione stessa.

In particolare, come giustamente osservato dallo stesso Tribunale di Firenze, tale previsione non implica automaticamente il non riconoscimento di un trust interno, in quanto tale affermazione non solo non è contenuta nella formulazione del citato articolo 13, che, come detto, prevede una mera facoltà e non un obbligo del non riconoscimento, ma altresì sarebbe in contrasto con l'articolo 6 della Convenzione, che sancisce il principio della libertà di scelta della legge regolatrice che è alla base della stessa Convenzione. Non solo, ma vorrebbe altresì significare che l'articolo 13 avrebbe un effetto abrogativo degli articoli 6 e 11 della Convenzione e porterebbe all'affermazione secondo cui il trust interno non sarebbe riconosciuto perché poco straniero, così contravvenendosi al dettato della Convenzione de L'Aja, che ha trovato piena attuazione nel nostro ordinamento per effetto della sua ratifica con Legge 16 ottobre 1989, n. 364.

In realtà l'articolo 13 rappresenta una norma residuale che interviene là dove l'utilizzo della legge straniera abbia una finalità abusiva o fraudolenta. Là dove un trust interno, regolato dalla legge straniera, produca effetti "ripugnanti per l'ordinamento che non siano colpiti dagli articoli 15, 16 e 18, è possibile negare *tout court* il riconoscimento"(37).

Occorrerà dunque valutare in concreto la causa dell'attribuzione dal disponente al trustee e se essa appaia ingiustificata in quanto diretta a tutelare interessi non accettabili per l'ordinamento, attraverso l'applicazione dell'articolo 13 si potrà negare il riconoscimento al trust interno e quindi non verrà data applicazione alla legge straniera(38). "E tale verifica dovrà essere effettuata secondo criteri rigorosi in modo da evidenziare in modo inequivoco quell'intento abusivo, ed al tempo stesso elusivo dell'ordinamento applicabile alla situazione oggetto del trust, che è alla base delle facoltà riconosciute agli Stati dall'art. 13"(39).

Occorre da ultimo osservare che secondo un orientamento giurisprudenziale(40) l'articolo 13 non sarebbe direttamente utilizzabile dal giudice, richiedendo all'uopo un intervento normativo da parte dello Stato. Di contro, come è stato riconosciuto dallo stesso Tribunale di Firenze, è da preferire la tesi secondo cui la disposizione, come ogni norma di diritto internazionale privato, legittima lo Stato con-

traente ad intervenire legislativamente ovvero con applicazioni concrete da parte dei giudici o delle autorità amministrative(41). Ovviamente l'intervento da parte del giudice implicherà una valutazione rigorosa del caso a lui sottoposto, nel rispetto dello spirito della Convenzione improntato sul principio di salvaguardia dell'autonomia privata.

La sentenza in esame va dunque ad aggiungersi al novero di quelle ormai numerose decisioni giurisprudenziali che confermano il pieno riconoscimento del trust interno. Peraltro negare il riconoscimento implicherebbe "discriminare, in modo incostituzionale, il cittadino italiano da quello straniero che decidesse di istituire un trust in tutto e per tutto italiano tranne che per la di lui cittadinanza e per la legge regolatrice"(42).

Note:

(37) Trib. Bologna, 1° ottobre 2003 [*supra*, nota 8]; Trib. Venezia, 4 gennaio 2005 [*supra*, nota 24]. Di contrario avviso Trib. Velletri, 29 giugno 2005 [*supra*, nota 24], a p. 581, secondo cui: "In realtà, l'art. 13 va interpretato, oltre che come norma di chiusura del sistema, anche quale disposizione che impedisce il riconoscimento di effetti a trust i quali siano privi di ogni collegamento sostanziale con una legge che contempli l'istituto sul piano materiale".

(38) M. Lupoi, I trust nel diritto civile [*supra*, nota 4], p. 267; Id., Lettera a un notaio conoscitore di trust [*supra*, nota 32]; R. Luzzatto, "Legge applicabile" e "riconoscimento" [*supra*, nota 20]; S. M. Carbone, Autonomia privata [*supra*, nota 10]; Id., Trust interno e legge straniera [*supra*, nota 20]; L. Rovelli, Libertà di scelta [*supra*, nota 10]; Risposta a interpellato: trust e mandato, in questa Rivista, 2003, 319, in cui si afferma: "Al riguardo si ritiene, conformemente all'orientamento della più recente giurisprudenza e della dottrina prevalente, che il citato articolo 13, non prevede un divieto al riconoscimento"; F. Di Ciommo, Struttura causale del negozio di trust ed ammissibilità del trust interno, *ivi*, 178; Trib. Bologna, 1° ottobre 2003 [*supra*, nota 8]; Trib. Bologna, 16 giugno 2003 [*supra*, nota 14].

(39) S. M. Carbone, Autonomia privata [*supra*, nota 10].

(40) Trib. Venezia, 4 gennaio 2005 [*supra*, nota 24].

(41) Tribunale di Bologna, 1° ottobre 2003 [*supra*, nota 8].

(42) Trib. Trieste, 23 settembre 2005, in questa Rivista, 2006, 83, a p. 86. Trib. Trento, Sez. distaccata di Cles, Giudice Tavolare, 7 aprile 2005, in questa Rivista, 2005, 406; Cass., VI sezione penale, 18 dicembre 2004, in questa Rivista, 2005, 574, a p. 574: "[...] i ricorrenti hanno dato luogo al negozio previsto dalla legge 16 ottobre 1989 n°364 ed entrata in vigore in Italia il 1° Gennaio 1992, che ha ratificato e reso esecutiva in Italia la convenzione sulla legge applicabile ai trusts e sul loro riconoscimento, adottata a l'Aja il 1° Luglio 1985 [...] il disponente pone determinati suoi beni sotto il controllo del trustee a beneficio di un terzo o per il raggiungimento di uno scopo, ma tali beni non entrano nel patrimonio del trustee [...] essi formeranno un patrimonio separato o di scopo [...]".

Saggi

Trust e comunione ereditaria

di Domenico Parisi

SOMMARIO: § 1. La fattispecie. – § 2. La decisione del Tribunale. – § 3. Vincolo in trust di beni in comunione ereditaria. – § 4. Vizi dell'atto istitutivo e dell'atto dispositivo.

§ 1. La fattispecie.

Le vicende che hanno condotto alla pronuncia che si commenta(1) possono essere così brevemente riassunte.

F. F., che d'ora innanzi chiameremo "disponente", convenne in giudizio, oramai più di venti anni or sono, la madre e la sorella per ottenere lo scioglimento della comunione ereditaria costituitasi su alcuni beni mobili e immobili. Morte sia la madre che la sorella del disponente, la causa proseguì tra il disponente stesso e il proprio figlio (nominato erede universale dalla defunta sorella del disponente) e finalmente, dopo aver subito sospensioni anche in ragione dell'instaurazione di altri giudizi vertenti su questioni connesse, fu decisa in primo grado nell'anno 2000: il Giudice, sciogliendo la comunione, assegnò in piena proprietà al disponente alcuni beni mobili e immobili, corrispondenti alla quota riconosciuta di sua spettanza sui beni in comunione.

A seguito di tale sentenza, non ancora passata in giudicato essendo in allora pendenti i termini per la proposizione dell'appello, il disponente si decise – probabilmente anche in considerazione dei tempi di definizione del giudizio, già in corso da più di venti anni, e che si prospettavano ancora lunghi in caso di appello – ad istituire un trust.

La finalità di tale trust, come formulata nelle premesse dell'atto istitutivo, è quella di consentire che la quota di beni compresi nella comunione ereditaria di spettanza del disponente sia "mantenuta unita nel tempo allo scopo di pervenire ai figli delle sue figlie quando essi saranno in età di poterli opportunamente godere, nel frattempo affidandoli a persone degne di fiducia per la loro migliore amministrazione e conservazione"(2).

Il trust viene così istituito, con contestuale trasferimento al trustee della somma di 10.000.000 di lire. Subito dopo il disponente, con atto di istituzione di beni in trust, precisa – utilizzando un'espressione leggermente diversa – che è suo desiderio "che il com-

plesso dei beni ricompresi nel lotto che sarà a lui definitivamente assegnato con sentenza definitiva sia mantenuto unito nel tempo per essere attribuito ai figli delle sue figlie quando essi raggiungeranno un'età da lui giudicata idonea per poterne opportunamente godere, affidandone la gestione a persone degne di fiducia per la loro migliore amministrazione e conservazione", e quindi trasferisce al trustee "gli immobili ed i mobili allo stesso attribuiti con la citata sentenza del Tribunale di Firenze n. [...], o alternativamente e condizionatamente quegli immobili facenti parte della stessa comunione che dovessero essere ricompresi nel lotto a lui definitivamente attribuito con sentenza passata in giudicato" dando conseguentemente atto che:

"a) gli immobili attribuiti in piena proprietà al disponente con la citata sentenza sono costituiti in trust sotto la condizione risolutiva che tale sentenza non passi in giudicato e la sentenza definitiva modifichi la composizione degli immobili attribuiti al Disponente;

b) gli altri immobili oggetto della stessa comunione ereditaria sono costituiti in trust sotto la condizione sospensiva e limitatamente a quelli che siano ricompresi nel lotto attribuito al disponente con sentenza definitiva".

Il figlio del disponente, cui la sentenza di scioglimento della comunione aveva attribuito, in corrispondenza alla quota riconosciuta di sua spettanza, i residui beni della comunione non attribuiti al proprio padre, appellò tale sentenza ed introdusse altresì il giudizio conclusosi in primo grado con la sentenza qui annotata (a sua volta appellata dal disponente e non ancora decisa in appello).

Tale giudizio è finalizzato ad ottenere la declaratoria di nullità dell'atto di trust in oggetto, o comunque la dichiarazione della sua simulazione o inefficacia nei confronti del figlio del disponente.

Note:

Domenico Parisi collabora presso lo studio del Notaio Luigi Francesco Risso di Genova.

(1) Trib. Firenze, 2 luglio 2005, in questa Rivista, 2006, 89.

(2) Dalle "Premesse" dell'atto istitutivo del trust, che si è potuto visionare. Anche nel prosieguo si troveranno citati testualmente alcuni passi dell'atto istitutivo del trust e dell'atto di costituzione in trust di beni immobili.

§ 2. La decisione del Tribunale.

La sentenza in commento può dividersi sostanzialmente in due parti: una, in cui il Tribunale si pronuncia sull'ammissibilità e riconoscibilità del "trust interno" in generale, con riferimento alla Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985, ratificata dall'Italia con l. 16 ottobre 1989, n. 364, e un'altra in cui il Tribunale, riconosciuta "l'ammissibilità in astratto del ricorso al trust interno da parte di F. F., salvo valutare in concreto validità ed efficacia dell'atto dispositivo", dichiara poi nullo il trust in oggetto.

Questo scritto si propone di focalizzare l'analisi sulla seconda parte della sentenza, rinviando, quanto alla prima – in linea con una ormai copiosa giurisprudenza nazionale di merito, compatta nel ritenere applicabile la Convenzione de L'Aja al trust interno e nel riconoscere ad esso piena rilevanza ed efficacia nel nostro ordinamento – ad altro commento pubblicato su questa Rivista(3).

§ 3. Vincolo in trust di beni in comunione ereditaria.

Analizziamo dunque il caso in esame. Il disponente afferma che è propria volontà "costituire e ricomprendere da subito nel trust [...] tutti gli immobili a lui assegnati con la citata sentenza o alternativamente e condizionatamente quelli che dovessero venirgli attribuiti con la sentenza definitiva"(4).

Il primo problema da porsi è però quello di individuare quale sia stata con esattezza l'effettiva volontà del disponente: se – cioè – quella di istituire in trust *la sua quota*, come sembrerebbe evincersi dalle premesse dell'atto istitutivo del trust, o solamente *i beni* che, in proporzione a tale quota, gli saranno attribuiti all'esito della divisione, come emerge dall'atto di istituzione di beni in trust.

Infatti la giurisprudenza ritiene che, sebbene l'atto dispositivo riguardi beni specificamente individuati, questo non escluda (anche attraverso una valutazione degli elementi concreti della fattispecie e del comportamento delle parti) che si sia inteso rendere partecipe l'avente causa di tutti i rapporti e le situazioni giuridiche attive e passive che fanno capo alla comunione ereditaria, che si sia inteso, in altre parole, disporre della propria quota ereditaria(5) (con la conseguenza – fra l'altro – dell'applicabilità dell'art. 732 cod. civ., in caso di alienazione a titolo oneroso).

Pare tuttavia che, come ha correttamente rileva-

to il Tribunale, il disponente abbia inteso compiere ed abbia effettivamente compiuto un atto dispositivo di beni ereditari e non un atto di disposizione della quota ereditaria.

Certamente, avendo disposto di tutti i beni ereditari, individuandoli alternativamente e con il meccanismo della doppia condizione risolutiva e sospensiva (su cui si tornerà in seguito), egli ha sostanzialmente ottenuto effetti molto simili a quelli prodotti da un atto di disposizione della propria quota. Simili ma non identici. La differenza si coglie in questa previsione contenuta nell'atto di sottoposizione di beni al trust: "il trustee potrà intervenire nel procedimento giudiziario di divisione, ma si conviene che non debba essere chiamato ad intervenire e che pertanto il procedimento di divisione giudiziale proseguirà con gli attuali condidenti [disponente e figlio del disponente] fermo restando il dovere di comportarsi secondo buona fede per il disponente"(6).

Tale pattuizione è, infatti, compatibile solamente con la volontà di disporre dei singoli beni e non della quota ereditaria, salvo aderire alla tesi sostenuta in passato dalla Corte di Cassazione (ma che oggi risulta superata), secondo cui il coerede, anche qualora alieni la propria quota, rimane comunque l'unico soggetto fornito della legittimazione a partecipare al processo di divisione(7).

L'istituzione di beni in trust è stata pertanto effettuata in modo da ottenere, *quanto ai beni*, gli stessi effetti che si sarebbero prodotti con un atto dispositivo

Note:

(3) G. La Torre, Il riconoscimento dei trust interni da parte del Tribunale di Firenze, *supra*, 200.

(4) Dalle "Premesse" dell'atto di costituzione di beni in trust.

(5) Cass., 20 gennaio 1986, n. 369, Arch. civ., 1986, 271; Cass., 9 giugno 1987, n. 5042, Giust. Civ. Mass, 1987, fasc. 6; Cass., 18 marzo 1981, n. 1609, Mass. Giur. it., 1981, 2332; Cass., 12 giugno 1997, n. 5272, inedita, e Cass., 7 agosto 2002, n. 11881, Arch. civ., 2003, 547.

(6) Ai sensi dell'art. 1113 cod. civ., infatti, il trustee potrà certamente intervenire quale avente causa da un partecipante alla comunione, ma non dovrà essere chiamato ad intervenire ai sensi del III comma del medesimo articolo, non avendo trascritto il proprio acquisto prima della trascrizione della domanda giudiziale di divisione.

(7) Cass., 18 gennaio 1962, n. 81 e Cass., 7 febbraio 1962, n. 256, Mass. Giur. it., 1962, 361 e 981. Oggi la Cassazione ritiene invece che per la divisione ereditaria sia richiesta la partecipazione del solo acquirente della quota (Cass., 11 maggio 1967, n. 975, Mass. Giur. it., 1967, 487; Cass., 14 marzo 1973, n. 723, Mass. Foro it., 1973, 870). Non è pacifico, comunque, in dottrina che il coerede che alieni la propria quota perda la legittimazione a partecipare al processo di divisione: cfr. A. Cicu, Successioni per causa di morte. Parte generale, Divisione ereditaria, Milano, 1958, p. 419; A. Fedele, La comunione, Milano, 1967, p. 292.

Saggi

della quota, ma in modo da mantenere in capo al disponente la legittimazione processuale nel processo di divisione, senza coinvolgere necessariamente il trustee nel processo.

L'intervento nel processo dei trustee è possibile (probabilmente anche doveroso, in quanto volto a tutelare gli interessi dei beneficiari del trust), ma non è necessaria una loro chiamata quali litisconsorti necessari.

È opportuno ancora premettere, prima di esaminare l'atto di istituzione di beni in trust, che l'atto istitutivo di un trust è un atto atipico per il nostro ordinamento, che si ritiene riconoscibile in Italia in quanto la sua causa e il suo oggetto non contrastino con l'ordine pubblico e con disposizioni imperative, e sia inoltre diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela.

Per tale ragione dall'atto istitutivo del trust devono essere sempre ricavabili gli interessi che esso tutela e i motivi per cui esso è stato istituito, onde consentire di comprendere quale sia la causa di tale negozio giuridico e di effettuare un giudizio di meritevolezza.

La causa di tale negozio è atipica (contrariamente a quella dei vari contratti tipici, che è – a sua volta – tipica), varia da un trust all'altro, può essere onerosa (ad esempio, in un trust di garanzia a favore dei creditori) o gratuita (ad esempio, in un trust in cui viene segregato un patrimonio a beneficio della propria discendenza), colorandosi, all'interno di queste due grandi categorie, di diverse sfumature (si pensi ad esempio ad un trust attuato in adempimento ad un accordo di separazione, ritenendo alcuni autori che tali accordi siano retti da un'autonoma *causa familiae*).

Gli atti di sottoposizione di beni in trust trovano, conseguentemente, la loro causa nel perseguimento della finalità del trust e nella causa stessa del trust; pertanto, se quest'ultima è liberale e gratuita, anche la causa che sorregge il trasferimento e la sottoposizione di beni al trust si colora di tali elementi di gratuità e liberalità: si qualifica, in altre parole, come donazione indiretta. È proprio questo, evidentemente, il caso in esame(8).

È noto che alcune norme sulle donazioni (non quelle formali, ma quelle "materiali"(9)) sono applicabili alle donazioni indirette(10).

Tali norme si applicano, pertanto, anche agli atti di sottoposizione di beni a trust caratterizzati da causa gratuita o liberale che, per brevità, potrebbero definirsi *trust liberali*.

Giova precisare, infatti, che quantunque il trust sia regolato da una legge straniera, ai sensi dell'art. 4 della Convenzione de L'Aja, "la Convenzione non si applica alle questioni preliminari relative alla validità dei testamenti o di altri atti giuridici in virtù dei quali dei beni sono trasferiti al trustee", che pertanto restano pienamente soggetti alla legge italiana.

Fra le norme in tema di donazione, alcuni autori(11) ritengono applicabile anche alle donazioni indirette, per mezzo di un'applicazione estensiva dell'art. 809 cod. civ., l'art. 771 cod. civ. che fulmina di nullità le donazioni di beni futuri. In tale nozione la dottrina(12) e la giurisprudenza(13) ricomprendono non solo la "futurità" oggettiva (i beni non ancora esistenti in natura), ma anche la "futurità" soggettiva (i beni cioè non ancora di proprietà del donante e, pertanto, i beni altrui).

Peraltro quest'ultima tesi, sostenuta dalla dottrina maggioritaria e dalla consolidata giurisprudenza di legittimità, è stata recentemente confutata dalla stessa Suprema Corte(14).

Ove però si accolgano tutte le teorie sopra richiamate, è utile precisare che non sarà possibile conferire in un trust liberale beni non ancora di proprietà del disponente al momento dell'atto, pena la nullità del conferimento.

Note:

(8) Cfr., sulla causa dell'atto istitutivo del trust e dei negozi dispositivi collegati, G. De Nova, Trust: negozio istitutivo e negozi dispositivi, in questa Rivista, 2000, 162.

(9) Per la distinzione, vedi Cass., 10 febbraio 1997, n. 1214, Foro it., 1997, I, 234. Cfr. U. Carnevali, Le donazioni, in Tratt. dir. priv. diretto da P. Rescigno, Torino, 1982, p. 532.

(10) G. Capozzi, Successioni e donazioni, Milano, 2002, II, p. 866; A. Trabucchi, Istituzioni di diritto civile, Padova, 2001, p. 51; U. Carnevali, Le donazioni [supra, nota 9], p. 532.

(11) Cfr., ad esempio, G. Capozzi, Successioni e donazioni [supra, nota 10], p. 866.

(12) Cfr. A. Torrente, La donazione, in Trattato dir. civ. e comm. a cura di A. Cicu – F. Messineo, Milano, 1956, p. 412; A. Montel, Il possesso, in Trattato di dir. civ. it., diretto da F. Vassalli, Torino, 1962, p. 206; L. Mengoni, Gli acquisti "a non domino", Milano, 1975, p. 27; F. De Martino, Possesso, in Commentario cod. civ., a cura di A. Scialoja – G. Branca, Bologna-Roma, 1978, p. 52; U. Carnevali, sub art. 771, in Commentario cod. civ., a cura di P. Cendon, vol. II, Torino, 1991; G. Bonilini, L'oggetto della donazione, in La donazione, Trattato, diretto da G. Bonilini, Torino, 2001, p. 562; U. Carnevali, Le donazioni [supra, nota 9], p. 516. Vedi anche, *infra*, nota 29.

(13) Cass., 20 dicembre 1985, n. 6544, Mass. Giur. it., 1985, 883; Cass., 18 dicembre 1996, n. 11311, Contratti, 1997, 360.

(14) Cass., 5 febbraio 2001, n. 1596, Riv. not., 2001, 862 (nota F. Gazzoni).

Non sono tuttavia questi – e correttamente – i motivi per cui la sentenza in commento giudica nullo il conferimento in trust in esame.

Il caso in oggetto, infatti, non può qualificarsi come atto di disposizione di beni (neppure parzialmente) altrui, bensì di beni che, a causa dell'alternatività del conferimento e dei caratteristici effetti retroattivi della divisione e della condizione, sono destinati a divenire di proprietà del disponente fin dal momento dell'atto dispositivo.

Il conferimento in trust di tutti i beni della comunione (e quindi, di fatto, anche di beni che saranno assegnati ad un altro soggetto), è stato effettuato infatti in maniera alternativa, rappresentando l'apposizione delle citate condizioni sospensive e risolutive un meccanismo negoziale per evidenziare la volontà di istituire in trust solamente i beni che saranno *effettivamente* assegnati (con effetto retroattivo) al disponente all'esito della divisione.

Un diritto su tali beni, tuttavia, anche se ancora sotto forma di quota di comunione ereditaria, è già nel patrimonio del disponente.

Proprio in forza degli espressi riferimenti alla *quota* e alla conseguente *alternatività* del conferimento stesso, non è possibile qualificare l'atto in oggetto come disposizione di beni futuri poiché altrui.

Non ha neppure rilevanza qui la disputa circa la natura costitutiva o dichiarativa della divisione: qualora se ne riconosca la natura dichiarativa, infatti, non si pone alcun problema; se invece se ne sostiene la natura costitutiva, non può comunque negarsi che il disponente è titolare della posizione di comunista nella comunione ereditaria in oggetto, che a tale posizione conseguirà – all'esito della divisione – la proprietà di alcuni beni, anche se non è ancora possibile conoscere quali, e che la ricchezza corrispondente al valore dei beni che saranno assegnati al disponente è già presente nel patrimonio del disponente fin dal momento dell'apertura della successione. Pertanto l'esito della divisione non arricchisce il disponente, ma specifica solamente quali sono i beni di cui egli sarà reputato solo e immediato successore (secondo l'espressione usata nell'art. 757 cod. civ.) fin dal momento dell'apertura della successione. Siamo quindi qui fuori del campo di applicazione dell'art. 771, la cui *ratio* è invece quella di frenare la prodigalità del donante.

Per la validità della c.d. donazione dell'esito divisionale si è espressa del resto anche la giurisprudenza in una nota sentenza⁽¹⁵⁾, affermando che la dona-

zione da parte di un coerede di beni ricadenti nella massa ereditaria non costituisce una donazione di cosa altrui, ma di cosa solo eventualmente altrui; con la conseguenza che trattasi di valida donazione sottoposta alla condizione sospensiva che i beni donati rientrino nella quota assegnata, in sede di divisione, al coerede donante⁽¹⁶⁾.

Il Tribunale di Firenze, nei primi passaggi della motivazione, compie giustamente la distinzione fra atti dispositivi della quota di comunione e gli atti dispositivi dei singoli beni appartenenti alla comunione, entrambi atti leciti e possibili, ma sottoposti i secondi alla condizione che tali beni vengano poi effettivamente assegnati, allo scioglimento della comunione, a colui che li trasferisce (c.d. alienazione dell'esito divisionale).

Poste queste premesse, il Tribunale conclude che l'atto in questione rientra fra i secondi (atti di disposizione di singoli beni), atti legittimi se sottoposti a condizione sospensiva, ma da qualificarsi nulli se effettuati sotto condizione risolutiva, quale quella contenuta nella prima parte dell'atto oggetto della sentenza.

In conseguenza di ciò, ritenuto che il trasferimento di un bene in comunione a terzi è "atto collettivo" e "radicalmente nullo" in assenza del consenso dell'altro comunista, ritenuto altresì con riferimento ai beni sottoposti al trust sotto la condizione risolutiva che "la nullità del negozio, in relazione ad uno degli oggetti alternativi contemplati, ed in particolare con riferimento ai beni attribuiti dalla sentenza di primo grado, non ancora passata in giudicato, che al momento istitutivo si indicava passibile di appello non già dal disponente ma dal comproprietario [figlio del disponente], produca la nullità dell'intero atto istitutivo del trust", ha pertanto giudicato che "essendo in via principale prevista una condizione risolutiva per i beni già attribuiti, lo scopo dell'atto istitutivo non possa essere efficacemente realizzato sotto la condizione sospensiva in relazione ai beni provvisoriamente attribuiti dalla sentenza all'altro dividente e senza alcun manifestato intento da parte del disponente di ottenere un mutamento dell'assegnazione dei beni in sede di divisione".

Note:

(15) Trib. Vallo della Lucania, 13 aprile 1992, n. 187, Dir. e giur., 1992, 525 (nota D. Ruggiero).

(16) Cfr. anche F. Gazzoni, Donazione di cosa altrui, nota a Cass., 5 febbraio 2001, n. 1596 [*supra*, nota 14], a p. 876, nota 3.

S a g g i

Da ciò il Giudice ha fatto discendere la conclusione che “il trust non sarebbe stato istituito senza quella sua parte colpita da nullità con conseguente propagazione della nullità all'intero atto” e che “la declaratoria di nullità investe direttamente l'atto dispositivo con cui è stato istituito il trust”.

L'equivoco in cui è incorso il Tribunale deriva dal fatto di aver frainteso la volontà del disponente di voler “costituire e ricomprendere da subito nel trust [...] tutti gli immobili a lui assegnati con la citata sentenza o alternativamente e condizionatamente quelli che dovessero venirgli attribuiti con la sentenza definitiva”, volontà di *spogliarsi* da subito dei *diritti* sui beni ereditari, sottoponendoli in trust, pur non essendo possibile *trasferire* da subito *beni* che non erano ancora suoi per non essere la sentenza passata in giudicato.

Occorre concentrare l'attenzione sul meccanismo negoziale attuato al fine di consentire di compiere *subito* un atto di dotazione del trust che potesse ricevere pubblicità nei registri immobiliari, quanto ai beni immobili, in modo da rivelare, ai sensi dell'art. 12 della Convenzione de L'Aja(17), l'esistenza del trust stesso.

Come si è visto, a tal fine, i beni della comunione assegnati con la sentenza non definitiva sono stati istituiti in trust sotto condizione risolutiva del mancato passaggio in giudicato della sentenza di primo grado e della modifica del lotto assegnato al disponente con sentenza definitiva; gli altri, invece, sotto la condizione sospensiva che gli stessi vengano attribuiti al disponente con sentenza definitiva e limitatamente ad essi soltanto.

In tal modo, in relazione ad ogni bene immobile della comunione ereditaria è stata effettuata una trascrizione contro il disponente e a favore del trustee, e un'ulteriore trascrizione contro il trustee per rivelare il vincolo del trust(18), rispettivamente per alcuni beni sotto condizione risolutiva e per altri sotto condizione sospensiva. L'atto di istituzione di beni in trust prevede altresì che il trustee abbia pieni poteri per la cancellazione dell'indicazione delle condizioni apposte, in seguito al passaggio in giudicato della sentenza.

Chiarito ciò, non si vede come l'atto sottoposto a condizione risolutiva possa considerarsi nullo, come invece sostenuto dal Tribunale.

Si consideri la disciplina positiva della vendita di beni altrui.

Il nostro codice civile non ignora l'istituto della

vendita di cosa altrui (art. 1478), prevedendo che in tal caso nasce un'obbligazione a carico del venditore di procurare l'acquisto al compratore, salvo la risoluzione del contratto nel caso questi ignorasse l'altruità della cosa al tempo del contratto e frattanto il venditore non gliene abbia fatto acquistare la proprietà.

Quindi, per il nostro codice non è nulla la vendita di cosa altrui se il compratore conosce l'altruità ma, semplicemente, ha effetti obbligatori e produce effetti reali non appena il venditore acquisti la cosa.

Se il compratore ignora l'altruità, la vendita non è comunque nulla ma solo risolubile.

Il codice poi prevede la fattispecie della vendita di cosa parzialmente di altri (art. 1480) prevedendo che, nel caso il compratore ignori che la cosa è solo parzialmente del venditore, possa risolvere il contratto (che, appunto, non è nullo ma risolubile) e ottenere il risarcimento del danno, quando deve ritenersi, secondo le circostanze, che non avrebbe acquistato la cosa senza quella parte di cui non è divenuto proprietario.

Tale norma si ritiene applicabile, secondo parte della dottrina, sia ai casi in cui il diritto del venditore sia in realtà limitato ad una porzione materiale del bene, sia quando egli venda l'intero essendo in realtà titolare di un diritto pro-quota(19).

Altra dottrina, invece, non ritiene applicabile l'art. 1480 al caso di vendita dell'intera proprietà da parte di un contitolare(20), per alcune obiettive difficoltà applicative, soprattutto per il caso che il compratore ignori lo stato di comunione: prima dello scioglimento della comunione, infatti, sarebbe diffi-

Note:

(17) Art. 12: “Il trustee che desidera registrare i beni mobili e immobili, o i documenti attinenti, avrà facoltà di richiedere la iscrizione nella sua qualità di trustee o in qualsiasi altro modo che riveli l'esistenza del trust, a meno che ciò non sia vietato o sia incompatibile a norma della legislazione dello Stato nel quale la registrazione deve aver luogo”.

(18) Secondo la prassi proposta da M. L. Cenni, Trascrizione di atti attributivi di beni immobili al trustee, II, in questa Rivista, 2002, 355, e attualmente ampiamente seguita.

(19) F. Gazzoni, Manuale di diritto privato, X ed., Napoli, 2003, p. 1066; L. Matteo, *sub* art. 1480, Commentario cod. civ. a cura di P. Cendon [*supra*, nota 12]; C. M. Bianca, La vendita e la permuta, in Trattato di dir. civ. it. diretto da F. Vassalli [*supra*, nota 12], p. 776.

(20) P. Greco – G. Cottino, Della vendita, *sub* art. 1480, in Commentario cod. civ., a cura di A. Scialoja – G. Branca, Bologna-Roma, 1981, p. 178 s.; D. Rubino, La compravendita, Trattato dir. civ. e comm. a cura di A. Cicu – F. Messineo, tomo XXIII, Milano, 1971, p. 372; G. Branca, Comunione, *sub* art. 1103 in Commentario cod. civ., a cura di A. Scialoja – G. Branca, Bologna-Roma, 1982, p. 138 s.

cilmente attuabile la soluzione della riduzione del prezzo, norma evidentemente dettata con riferimento all'ipotesi in cui si produca da subito un effetto reale (acquisto di una porzione materiale del bene, inferiore a quella che si credeva di aver acquistato).

Si ritengono allora applicabili gli articoli 1478 e 1479, secondo la conoscenza o meno dello stato di comunione da parte del compratore, salva la possibilità di costui di attendere l'esito della divisione, dopo la quale la vendita si qualificherà come vendita di cosa altrui (nel caso il bene sia stato assegnato in piena proprietà ad altro comunista) o come vendita di cosa propria (nel caso il bene sia stato assegnato in piena proprietà al venditore): in tal caso si ha un automatico trasferimento al compratore, in forza dell'effetto dichiarativo della divisione e, comunque, del disposto dell'art. 1478, II comma, cod. civ.

Peraltro, come acutamente notato(21), la disciplina della vendita di cosa parzialmente altrui potrebbe ritornare in gioco qualora al venditore venga assegnata, all'esito della divisione, solo una parte materiale del bene venduto.

Sembra, invero, essere stata foriera di equivoci – nel caso in oggetto – l'affermazione di autorevole dottrina(22), secondo cui se il comunista "propone la vendita incondizionata, dovendosi presumere, fino ad espressa volontà contraria, che oggetto ne sia il bene nella sua interezza e non la sua quota ideale, è necessaria l'unanimità. In difetto la proposta, trattandosi di atto collettivo, non è perfetta", con impossibilità di conclusione del contratto, anche in presenza di accettazione, e con impossibilità anche di conversione del contratto ex art. 1424 cod. civ., in quanto mai concluso.

L'autore cita, a margine di tale affermazione, una pronuncia delle Sezioni Unite della Suprema Corte(23), che ribadendo l'orientamento già espresso da altra sentenza(24), afferma che la *promessa* di vendita, contenuta in un contratto preliminare, di un bene in comunione è di norma considerata dalle parti come attinente al bene medesimo considerato come un *unicum* inscindibile, così che i singoli proprietari costituiscono un'unica parte complessa e le loro dichiarazioni di voler vendere si fondono in un'unica volontà negoziale, con la conseguenza che quando una di tali dichiarazioni manchi (o sia invalida) manchi (o si formi invalidamente) la volontà di una delle parti, con la conseguente impossibilità di chiedere l'esecuzione del contratto in forma specifica nei confronti dei soli comproprietari promettenti, sull'as-

sunto di una mera inefficacia del contratto stesso rispetto a quelli rimasti estranei (facendo applicazione di tale principio, la sentenza stabilisce che la dichiarazione del curatore del fallimento di scioglimento dal contratto preliminare concluso dal fallito e da altri comproprietari dello stesso bene impedisce al promissario acquirente di ottenere la sentenza costitutiva nei confronti dei promissari venditori *in bonis*, essendo venuta meno *ab origine*, a seguito della dichiarazione del curatore, quell'unica volontà negoziale che consente l'emanazione della sentenza ex art. 2932 cod. civ.).

Quanto sostenuto dai giudici di legittimità con riferimento al preliminare di compravendita non può essere trasposto all'atto di compravendita, proprio per la presenza di una normativa apposita nel codice civile che, come visto, disciplina compiutamente la vendita di cosa altrui e la vendita di cosa parzialmente altrui, fattispecie quest'ultima che lo stesso autore del passo sopra riportato ritiene applicabile anche alle vendite dell'intero da parte del titolare pro-quota(25).

Diverso potrebbe essere il discorso nel caso di un contratto predisposto per la sottoscrizione di tutti i comunisti e sottoscritto soltanto da alcuni, ma si tratta di una fattispecie radicalmente differente da quella in discorso.

Come si nota, invece, le espressioni della dottrina sopra citate riecheggiano testualmente nella sentenza in commento, che è incorsa in un evidente fraintendimento dei principî affermati dalle Sezioni Unite della Suprema Corte.

Con riferimento alla fattispecie in oggetto, occorre rilevare, però, che il codice non detta una disciplina analoga a quella della vendita di cosa altrui per gli atti a titolo gratuito; ciò è spiegato dalla dottrina col fatto che la donazione di beni altrui è vietata ai sensi dell'art. 771 cod. civ.

Sostiene infatti la dottrina che la disciplina della

Note:

(21) G. Branca, *Comunione* [supra, nota 20], p. 142 s.

(22) F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato* [supra, nota 19], p. 275.

(23) Cass., Sez. Un., 14 aprile 1999, n. 239, Gius. 1999, 2039 (nota G. M. Berruti); *Corriere giur.*, 1999, 1107 (nota A. Jarach); *Contratti*, 1999, 977 (nota V. Timpano); *Giust. civ.*, 1999, I, 1572.

(24) Cass., Sez. Un., 8 luglio 1993, n. 7481, *Foro it.*, 1993, I, 2456.

(25) Vedi, *supra*, nel testo nonché la nota 22.

Saggi

donazione, modellata su quella del testamento, si allinea perfettamente con la nullità del testamento con il quale il *de cuius* abbia disposto di sostanze non proprie, secondo quanto disposto dall'art. 587 cod. civ., e che pertanto qualsiasi richiamo alla disciplina della compravendita sarebbe fuorviante(26). Pare peraltro doversi rilevare che il legato di cosa altrui non è sempre nullo, ma pienamente valido se il testatore sapeva che la cosa legata apparteneva all'onerato o ad un terzo, pur producendo solamente effetti obbligatori e non effetti reali differiti al momento in cui l'onerato acquisti la proprietà (art. 651 cod. civ.).

Abbiamo visto, comunque, che l'atto di donazione dell'esito divisionale è un atto a titolo gratuito valido (anche ritenendo nulla la donazione di beni altrui) in quanto atto dispositivo di beni solo eventualmente altrui(27), sottoposto a condizione sospensiva.

Quid juris allora del conferimento contenuto nell'atto di cui si occupa la sentenza in commento, e in particolare di quella parte non sottoposta a condizione sospensiva, bensì a condizione risolutiva?

Posto, infatti, che tale atto deve qualificarsi come un atto di disposizione di beni (eventualmente o condizionatamente) altrui, delle due l'una:

a) o si considera anch'esso sottoposto alla condizione sospensiva (implicita(28)) dell'assegnazione di detti beni al disponente con sentenza definitiva, essendo stato comunque chiaramente precisato nell'atto che la divisione non era stata definitivamente decisa;

b) oppure si considera non sottoposto ad alcuna condizione sospensiva, non potendo tale condizione considerarsi implicitamente apposta(29), ma in tal caso non è possibile ricavare da nessuna norma la nullità dell'atto in oggetto, dovendosi invece applicare, per analogia, la disciplina in materia di vendita di cosa altrui(30).

Pare che nel caso in esame l'apposizione di una condizione sospensiva al conferimento di alcuni beni e di una condizione risolutiva al conferimento di altri sia stato un meccanismo per porre in evidenza l'alternatività del conferimento, ma che non si possa negare che l'effetto reale del conferimento sia sospeso per tutti i beni della comunione, fino allo scioglimento della stessa, anche per i beni conferiti senza un'esplicita apposizione di condizione sospensiva.

Dalla istituzione in trust di un bene che il disponente sa essere ancora in comunione, dunque, non possono derivare effetti reali immediati, in quanto la sentenza di scioglimento della comunione non passa-

ta in giudicato non è neppure provvisoriamente esecutiva (come correttamente rileva il Tribunale) e la comunione non può pertanto considerarsi già sciolta, ma deriva la produzione dell'effetto reale differito al momento in cui il disponente diventi effettivo proprietario (passaggio in giudicato della sentenza di divisione).

In applicazione di quanto sopra, all'esito della divisione, potranno verificarsi evidentemente due ipotesi, a seconda dei singoli beni che si prendono in considerazione: (a) il disponente risulterà proprietario del bene (che si considera di sua proprietà fin dal momento dell'apertura della successione ex art. 757 cod. civ., che stabilisce l'effetto retroattivo della divisione), ed in tal caso l'atto di disposizione, *ex post*, non si configurerebbe più come atto dispositivo di bene parzialmente altrui e i beni passerebbero direttamente in proprietà al trustee, ovvero (b) il bene sarà assegnato all'altro comunista, e in tal caso l'atto sarà destinato a non produrre mai alcun effetto reale (anzi, in forza dell'operare della condizione risolutiva, i suoi effetti vengono meno *ex tunc*).

Note:

(26) F. Gazzoni, Donazione di cosa altrui, nota a Cass., 5 febbraio 2001, n. 1596 *supra*, nota 14], a p. 873.

(27) Ovvero, come detto da illustre dottrina, "condizionatamente altrui": D. Rubino, La compravendita *supra*, nota 20], p. 372.

(28) Per la tesi che la condizione possa ritenersi apposta anche implicitamente, pur se non prevista espressamente dalle parti, G. Capozzi, Successioni e donazioni *supra*, nota 10], p. 688, proprio con riferimento ad alienazione di beni in comunione ereditaria; F. Messineo, Il contratto in genere, Trattato dir. civ. e comm. a cura di A. Cicu - F. Messineo, tomo XXI, I, Milano, 1973, p. 177. In giurisprudenza, Cass., 29 dicembre 1953, n. 3860, Mass. Giust. civ., 1953, 3546; Cass., 20 luglio 1962, n. 1950, Mass. Giust. civ., 1962, 667; Cass., 6 ottobre 1970, n. 1803, Mass. Giur. it., 1970, 221.

(29) Cfr., in tema di contratto di compravendita di bene in comunione, C. M. Bianca, Diritto Civile, La proprietà, vol. 6, Milano, 1999, p. 468, che ritiene che, se non risulta che le parti abbiano voluto un contratto sottoposto a condizione, esso si configura come vendita di cosa parzialmente altrui, e P. Greco - G. Cottino, Della vendita *supra*, nota 20], p. 183 s., che ritengono applicabile alla fattispecie la disciplina della vendita di cosa altrui salvo rilevare l'efficacia condizionante dell'assegnazione al venditore dall'intenzione delle parti.

(30) Fra gli autori che ritengono la donazione di cosa altrui valida in quanto donazione meramente obbligatoria, incapace di produrre effetti reali differiti (cfr., ad esempio, G. Balbi, La donazione, in Tratt. dir. civ. diretto da G. Grosso e F. Santoro Passarelli, Milano, 1964; R. Lenzi, La donazione obbligatoria, in P. Rescigno (cur.), Successioni e donazioni, II, Padova, 1994, 220), si segnala la posizione di B. Biondi, Le donazioni, in Trattato di dir. civ. it., diretto da Vassalli *supra*, nota 12], p. 349, che sostiene invece l'applicabilità alla donazione di beni altrui della disciplina della vendita di cosa altrui, qualificando tale donazione come obbligatoria ma con produzione automatica dell'effetto traslativo reale quando il donante acquisti la proprietà.

La particolare utilità del ricorso al trust in questa fattispecie si comprende proprio analizzandolo con riferimento agli aspetti dell'attualità dello spoglio e degli effetti retroattivi della divisione: indipendentemente dalle vicende successive e dalla durata della vita del disponente e del processo di divisione, il disponente ha individuato un soggetto (il trustee) grazie al quale i beni assegnati all'esito della divisione (quando essa avrà finalmente definitiva efficacia con sentenza passata in giudicato) non si disgregheranno fra varie persone ma resteranno uniti passando automaticamente in sua proprietà, destinati esclusivamente ai beneficiari del trust, e per di più tali effetti (ivi compreso l'effetto segregativo del vincolo in trust) retroagiranno al momento del conferimento.

È simile a ciò che accade in una qualsiasi donazione (e, più in generale, in qualsiasi contratto) sottoposta a condizione sospensiva: i beni passano nella proprietà del donatario solo al momento dello scadere del termine o al verificarsi della condizione, ma frattanto egli è titolare non di una mera aspettativa di fatto, bensì di una aspettativa di diritto legalmente tutelata (o, a seconda delle teorie, di un "diritto ad diritto"⁽³¹⁾ o di una "situazione intermedia fra diritto soggettivo e aspettativa"⁽³²⁾) essendosi prodotti gli effetti giuridici previsti dal codice (artt. 1356-1358 cod. civ.: diritto a compiere atti conservativi dell'acquirente sotto condizione sospensiva o dell'alienante sotto condizione risolutiva, diritto a disporre del diritto, pur se sotto la medesima condizione, obbligo di comportamento secondo buona fede dell'alienante sotto condizione sospensiva o dell'acquirente sotto condizione risolutiva), poiché il donante si è già spogliato del bene al momento della donazione, pur essendo l'effetto del contratto sospeso.

§ 4. Vizi dell'atto istitutivo e dell'atto dispositivo.

Il Tribunale, dall'asserita nullità di quella parte dell'atto di conferimento sottoposto a condizione risolutiva, fa discendere la nullità dell'intero atto istitutivo del trust in quanto, "tenuto conto dell'effetto di segregazione perseguito [...] e della volontà di dare attualità ed efficacia immediata all'istituzione del trust, essendo in via principale prevista una condizione risolutiva, per i beni già attribuiti", il Giudice ritiene che "lo scopo dell'atto istitutivo non possa essere efficacemente realizzato sotto la condizione sospensiva in relazione ai beni provvisoriamente attri-

buiti dalla sentenza all'altro condividente e senza alcun manifestato intento da parte del disponente di ottenere un mutamento dell'assegnazione dei beni in sede di divisione" e che del resto "il trust perderebbe in radice la sua ragion d'essere avuto riguardo allo scopo perseguito, ove fosse limitato alla somma di Lire 10.000.000".

Da tali notazioni il Giudice conclude che "la declaratoria di nullità investe direttamente l'atto dispositivo con cui è stato istituito il trust".

Il commento di tale passo della sentenza è quanto mai opportuno, per contestare alcuni assunti contenuti nell'argomentazione sopra esposta, che si ritengono del tutto non condivisibili.

Mi pare che il giudice, nella decisione del caso, non abbia avuto presente la distinzione fra atto *istitutivo* del trust (negozio di programma che detta le regole che disciplinano la vita del trust, fra cui la scelta della legge regolatrice) e atto *dispositivo* (negozio traslativo di diritti, con cui la proprietà di determinati beni è trasferita ai trustee ed essi vengono così istituiti e sottoposti in trust)⁽³³⁾, come palesemente rivelato dalle frasi: "la declaratoria di nullità investe direttamente l'atto dispositivo con cui è stato istituito il trust" e "la nullità del negozio, in relazione ad uno degli oggetti alternativi contemplati [...] produca la nullità dell'intero atto istitutivo del trust".

Tali due negozi sono sempre concettualmente autonomi⁽³⁴⁾.

Il primo consiste nell'istituzione del trust, contiene le sue finalità e le disposizioni di dettaglio che lo regolano.

Note:

(31) L. Cariota-Ferrara, Il negozio giuridico nel diritto privato italiano, Napoli, 1956.

(32) Così F. Messineo, Il contratto in genere [*supra*, nota 28], I, p. 180.

(33) Cfr. sul tema M. Lupoi, Trusts, Milano, 2001, p. 589 s., nonché il già richiamato lavoro di G. De Nova, Trust: negozio istitutivo [*supra*, nota 8], a p. 162 s. Rinviengono una unità causale dei due negozi nella "destinazione dei beni alla persecuzione di uno scopo", in analogia con il negozio di fondazione, A. De Donato - V. De Donato - M. D'Errico, Trust convenzionale, Roma, 1999, p. 149.

(34) Tale distinzione è peraltro chiaramente desumibile anche dalla lettura della Convenzione de L'Aja, il cui già richiamato art. 4 dispone che "la Convenzione non si applica alle questioni preliminari relative alla validità dei testamenti o di altri atti giuridici in virtù dei quali dei beni sono trasferiti al trustee". Gli atti dispositivi, pertanto, non solo sono autonomi dall'atto istitutivo, ma sono anche retti da una legge individuata con criteri di collegamento differenti, previsti dall'ordinamento del foro (ad esempio, nel caso di conferimento in trust di beni immobili effettuata in Italia, si applicherà la *lex rei sitae*).

Saggi

È pur vero che, all'atto dell'istituzione del trust, il disponente compie sempre anche un atto di disposizione, trasferendo dei beni al trustee (in questo caso solamente la somma di 10.000.000 di lire), giacché il trust nasce in quanto vi sia un fondo in trust. Del resto, la stessa nozione di trust contenuta nell'art. 2 della Convenzione de L'Aja presuppone che determinati beni siano stati "posti sotto il controllo" di un trustee. Tuttavia tali atti restano, si ripete, concettualmente autonomi fra loro.

Peraltro, l'autonomia dei due negozi è estremamente evidente negli atti oggetto della sentenza in commento; l'atto istitutivo del trust (con l'originaria dotazione di 10.000.000 di lire) è anche materialmente separato dall'ulteriore atto di costituzione di beni in trust, dal momento che essi sono redatti in due documenti separati e il primo è allegato al secondo.

Tali due negozi, pur autonomi, sono ovviamente collegati fra loro⁽³⁵⁾; in particolare la costituzione di beni in trust è giustificata dall'atto istitutivo del trust, ed in esso trova la sua causa, essendo strumentale al raggiungimento delle finalità del trust. Pertanto, se l'atto istitutivo fosse invalido, tutti i trasferimenti ad esso collegati sarebbero nulli per mancanza di causa.

Non è, però, sempre vero l'inverso, nel senso che la nullità che colpisce un atto di costituzione di beni in trust non si estende necessariamente all'atto istitutivo del trust⁽³⁶⁾.

Quest'ultimo, infatti, nella misura in cui la finalità che persegue sia possibile e lecita e meritevole di tutela, e se non affetto da altre cause d'invalidità, resta valido anche se uno o più atti di trasferimento siano in qualche modo viziati. Sarà infatti sempre possibile per il disponente effettuare un nuovo trasferimento, così come per altri soggetti effettuare ulteriori apporti al trust (nella misura in cui l'atto istitutivo lo consenta).

Nel caso in esame, ad esempio lo scopo del trust era – come si è detto – quello di mantenere la quota spettante al disponente sui beni ereditari "unita nel tempo allo scopo di pervenire ai figli delle sue figlie quando essi saranno in età di poterli opportunamente godere, nel frattempo affidandoli a persone degne di fiducia per la loro migliore amministrazione e conservazione".

Ammettendo pure che alcuni beni non siano stati validamente trasferiti a causa della nullità del negozio attuato, non si vede come si possa ritenere che il disponente non avrebbe istituito il trust. Esso è sta-

to istituito, vi sono stati conferiti dei beni e non è preclusa la possibilità per il disponente di effettuare un nuovo trasferimento al trust.

Pertanto, se un trust è stato regolarmente istituito e vi è un fondo in trust, il trust stesso è perfettamente valido, fintantoché le sue finalità possano essere perseguite, mediante apporti avvenuti o che è possibile che avvengano.

Appendice

Pubblichiamo qui di seguito le disposizioni iniziali dell'atto istitutivo del trust sul quale si è pronunciato il Tribunale di Firenze con la sentenza 2 luglio 2005, in questa Rivista, 2006, 89.

Questo *Strumento*,
sottoscritto in ... il ... dall'ing. FF, nato a ... il
..., d'ora innanzi indicato come *Disponente*,

PREMESSO

- che il *Disponente* ha chiesto giudizialmente lo scioglimento della comunione ereditaria venutasi a creare – per effetto della successione del proprio padre, C., e del proprio fratello, A. – con la propria madre, A., e la propria sorella, M.;

- che, defunte sia la propria madre che la propria sorella, è ad esse succeduto il figlio del *Disponente*, C., così che questi è intervenuto nel giudizio di scioglimento delle divisione;

- che il Tribunale di Firenze, con sentenza depositata il 15 novembre 2000, ha dato atto che al *Disponente* compete la quota di 13/27 sui beni relitti dal proprio padre e dal proprio fratello e al figlio C. la quota di 14/27;

- che il *Disponente* desidera che la sua quota di 13/27 dei beni inclusi nelle citate successioni sia

Note:

(35) Sul collegamento negoziale in generale, v. R. Scognamiglio, Collegamento negoziale, Enc. dir., vol. VII, Milano, 1960, 168; C. M. Bianca, Il contratto, Milano, 2000, p. 483; F. Messineo, Il contratto in genere [*supra*, nota 28], I, p. 724.

(36) Può ritenersi, come accennato nel testo, che la nullità del negozio dispositivo si estenda necessariamente al negozio istitutivo nel caso in cui, per via di tale invalidità, il trust risulti completamente privo di beni (come accade ad una fondazione che versi nell'impossibilità di perseguire lo scopo a causa della nullità del negozio di dotazione: cfr. F. Gazzoni, Manuale di diritto privato [*supra*, nota 19], p. 163).

mantenuta unita nel tempo allo scopo di pervenire ai figli delle sue figlie quando essi saranno in età di poterli opportunamente godere, nel frattempo affidandoli a persone degne di fiducia per la loro migliore amministrazione e conservazione;

- che per tale scopo il *Disponente* intende istituire un trust retto dal diritto inglese;

- che il *Disponente* trasferisce in questo momento al *Trustee*, appresso nominato, la somma di lire dieci milioni;

- che il *Disponente* potrà trasferire in seguito al *Trustee* altri beni mobili o immobili, titoli di credito, diritti di ogni tipo e in genere quanto possa formare oggetto di trasferimento;

- che i trasferimenti in parola sono in piena, libera ed esclusiva proprietà e titolarità, con il vincolo per il *Trustee* di impiegare quanto gli viene trasferito e di disporre secondo le disposizioni di questo Strumento;

- che al riconoscimento del trust istituito da questo Strumento si applicano le disposizioni della Convenzione dell'Aja del 1 luglio 1985, ratificata dalla Repubblica italiana con legge 16 ottobre 1989 n. 364, entrata in vigore il 1 gennaio 1992, salve disposizioni di maggiore favore;

ATTESTA QUANTO SEGUE.

Parte I – Dati di base

art. 1. Denominazione del *Trust*

A. Il *Trust* istituito per mezzo di questo Strumento è denominato "Trust F".

B. Il *Trust* è irrevocabile.

art. 2. Individuazione dei Beni in trust

A. Sono Beni in trust:

i. la somma di cui in Premessa;

ii. i beni immobili inclusi nella quota di 13/27 delle successioni di cui in Premessa;

iii. ogni bene o diritto che o il *Disponente* o terzi con il consenso del *Disponente* trasferiscano al *Trustee* affinché siano inclusi fra i Beni in Trust;

iv. ogni somma che il *Trustee* riceva in forza di tali diritti;

v. i frutti prodotti;

vi. ogni bene e diritto acquistato per mezzo di Beni in trust o quale corrispettivo dell'alienazione o dell'impiego di Beni in trust.

B. I Beni in trust sono separati dal patrimonio proprio del *Trustee* e non sono in alcun caso aggredibili né dai suoi creditori né dai creditori del *Disponente*.

art. 3. Individuazione dei Beneficariii

A. In questo Strumento i Beneficariii sono distinti in Beneficariii delle utilità prodotte dal Trust (d'ora innanzi Beneficariii del reddito) e Beneficariii della distribuzione dei Beni in Trust (d'ora innanzi Beneficariii finali).

B. Quando in questo Strumento non si distingue fra dette due categorie di Beneficariii, la relativa disposizione si intende riferita a tutti i Beneficariii.

C. Beneficariii finali del Trust sono i figli procreati da ciascuna delle figlie del Disponente, L. e A., in due quote eguali fra le due stirpi e per quote eguali all'interno di ciascuna stirpe.

D. Beneficariii del reddito sono il Disponente, le sue due figlie e i figli procreati da ciascuna di esse.

E. I diritti dei Beneficariii sono disciplinati nella Parte III di questo Strumento.

art. 4. Individuazione del *Trustee*

A. *Trustee* del Trust sono l'avv. C.P., con studio in Massa, e il dott. commercialista L.P., con studio in Firenze; essi compongono l'ufficio del *Trustee*.

B. L'ufficio del *Trustee* deve essere sempre composto da due persone: un avvocato e un dottore commercialista.

I diritti e gli obblighi del *Trustee* e la successione nell'ufficio sono disciplinati nella Parte IV di questo Strumento.

Disclosure of Informations by Trustees

di Richard Pease

Per un giurista di *civil law*, avvezzo ad un ordinamento che impone al mandatario e all'agente di rendere pienamente conto al proprio mandante dell'attività compiuta, può essere difficile comprendere la particolare relazione, tipica della *common law*, intercorrente tra un trustee ed un beneficiario.

Principio fondamentale è quello per il quale il beneficiario ha diritto di ottenere che il trustee dia effettiva esecuzione alle disposizioni del trust e che renda il conto della propria amministrazione: a tal fine, il beneficiario deve poter ricevere sufficienti informazioni sul patrimonio del trust, secondo i principî generali enunciati in alcune sentenze divenute *leading case*.

SUMMARY: § 1. Introduction. – § 2. The Legal Basis for the Obligation of Disclosure. – § 3. What Information must be Disclosed by the Trustees? – § 4. Does the Information to be Disclosed Extend to Include Information Concerning a Company in Which the Trust Hold Shares? – § 5. Who is Entitled to Information Concerning the Trust? – § 6. Defences to Disclosure. – § 7. Annexe.

§ 1. Introduction.

This topic is one of the most difficult facing trustees and their advisers.

It must seem strange to an observer from a civil law jurisdiction where the law of agency or mandate clearly imposes upon the agent or mandatory the obligation to render account on a full and timely basis to his principal that there is no such clarity in the relationship existing between a trustee and the beneficiaries in the common law world.

With the exception of limited statutory provisions found in the trust law of certain jurisdictions (of which examples are given in the Annexe) the law is judge made case law. But the reasoning in the relevant case law is inadequate to provide a comprehensive description of when a

trustee is under a duty to provide a beneficiary with information concerning the trust, or to provide an adequate explanation of the juridical basis for the existence of such duty.

In this paper I will summarize the law as it presently stands in England and in certain jurisdictions, notably the Isle of Man, Jersey and Guernsey where recent court decisions have focused on this difficult subject.

The paper will deal with the disclosure made by trustees under the rules of equity and not the disclosure which a party to litigation may be required to make under the procedural rules of the competent court. This is "procedural disclosure" and is quite separate from the main topic of my paper.

§ 2. The Legal Basis for the Obligation of Disclosure.

It is a fundamental principle of trust law that a beneficiary must be able to enforce the trust and to make the trustee account for his conduct in the administration of the trust. In order to do so, the beneficiary must receive sufficient information about the trust assets.

Until recently, it was considered that the beneficiary's right to information about the trust was a proprietary right:

"The beneficiary is entitled to see all the trust documents because they are trust documents and because he is a beneficiary. They are in a sense his own." (*O'Rourke v Darbishire*(1)).

A beneficiary was entitled to have produced to him and to inspect all trust documents and had the right to receive certain information in relation to the administration of the trust. The right extended not

Note:

Richard Pease è avvocato in Ginevra (Lenz & Staehelin) e Deputy Chairman della "Society of Trust and Estate Practitioners".

Il testo riproduce la relazione, con modificazioni, presentata al Seminario "La responsabilità del trustee", organizzato dall'Associazione "Il trust in Italia", svoltosi a Milano il 27 settembre 2005.

(1) [1920] AC 581 at 626.

only to fixed interest beneficiaries and beneficiaries with a current interest, but also to a discretionary beneficiary (*Chaine-Nickson v Bank of Ireland*(2)).

The right was not, however, an absolute right (*Re Cowin*(3)). The trustees could take into account the effect of the disclosure on the other beneficiaries and whether disclosure might not be in the interests of the beneficiaries as a whole.

As a starting point, however, it was considered that a beneficiary was entitled to see trust documents and that it would only be in exceptional circumstances that a court would support a trustees' refusal to make disclosure (*Re Rabaiotti's Settlements*(4)).

There was no clear definition of trust documents but it was generally considered that documents in the possession of the trustees as trustees, such as trust deeds, trust accounts and legal advice etc. would be treated as trust documents. There was, however, no exhaustive list.

In *Schmidt v Rosewood Trust*(5) the court sought to change the way in which trustees approach a request for information. It was no longer considered that issues such as proprietary rights or what constituted a trust document were relevant. Instead, it was held that a beneficiary's right to trust information came about because of the court's inherent jurisdiction to supervise and, if necessary, to intervene on behalf of the beneficiary to enforce the trust and to ensure that the beneficiary can hold the trustee to account. Trustees now need to consider the case being made by a beneficiary to have access to trust information rather than whether a document would be classified as a trust document. In doing so, the trustees should take into account the following issues:

(a) The nature of the beneficiary's interest. It may be easier to refuse disclosure of documentation where a request has been received from, say, a default beneficiary.

(b) The information the beneficiary is requesting. As a minimum it is likely that a beneficiary would be entitled to receive trust accounts so that he can ascertain the nature and state of trust assets. There may, however, be good reasons for not disclosing a letter of wishes to a beneficiary.

(c) The reasons for the request for information. It would be difficult for a trustee to refuse a beneficiary who requires information for a legitimate purpose such as to assist in completing a tax return. If, however, the trustee expects that the beneficiary

wishes to use the information against another beneficiary or has ulterior motives, then the trustee may feel that a refusal would be reasonable.

(d) The effect of disclosure on the beneficiaries as a whole.

(e) Whether the information may be commercially sensitive.

(f) Whether the trust document says anything about disclosure although care should be taken to ensure that disclosure is not completely prohibited under the terms of the trust document.

(g) How best to provide the information to the beneficiary. The trustees might make the documents available for inspection at the offices of, for instance, their solicitor to avoid unnecessary photocopying expenses being incurred. Whilst the costs of preparing accounts and keeping accurate records of the trust property are generally an expense of the trust, the costs incurred in complying with the beneficiary's request for information might properly be borne by the beneficiary.

(h) Whether the beneficiary should be asked to enter into some form of confidentiality agreement to ensure that the information does not pass to other beneficiaries or third parties.

The line of cases prior to *Schmidt v Rosewood Trust* noted that the right to inspect trust documents did not extend to documents which detailed the trustees' reasons for exercising their discretionary powers. This principle derives from *In Re Londonderry's Settlement*(6), where one of the objects of a fiduciary power objected to the small amount of capital allocated to her by the trustees. She asked to see copies of the minutes of the trustees' meetings and other correspondence in the hope that these would reveal the basis of the trustees' allocations. The trustees claimed that to disclose such documents might cause infinite trouble in the family, out of all proportion to the benefit which might be gained. The Court of Appeal held that documents bearing on the deliberations of the trustees leading to their

Note:

(2) [1976] IR 393.

(3) [1886] 33 Ch D 179.

(4) [2000] WTLR 953.

(5) [2003] WTLR 565; in questa Rivista, 2003, 586.

(6) [1964] 3 All ER 855.

Saggi

decisions as to the exercise of discretionary powers did not have to be disclosed:

"[...] trustees exercising a discretionary power are not bound to disclose to their beneficiaries the reasons actuating them in coming to a decision. This is a long standing principle and rests largely, I think, on the view that nobody could be called on to accept a trusteeship involving the exercise of a discretion unless, in the absence of bad faith, he was not liable to have his motives or his reasons called in questions either by the beneficiaries or by the court". (Harman LJ at 857; also considered in *Edge v Pensions Ombudsman*(7)).

This position is unlikely to have changed following *Schmidt v Rosewood Trust*. There are, however, two important qualifications:

(a) If the trustees give reasons their soundness can be considered by the court (*Re Gresham Life Assurance Society, ex p Penney*(8)).

(b) The position is likely to be very different when it comes to a question of discovery in an action where a beneficiary is impeaching the validity of the trustees' actions. The rights of an individual as a beneficiary are different from his or her rights as a beneficiary-litigant.

§ 3. What Information must be Disclosed by the Trustees?

Trustees are obliged to provide the following information:

(1) the trust deed, deeds of appointment, retirement and removal of trustees, and deeds exercising the trustees' dispositive powers (such as an overriding power of appointment);

(2) trust accounts (*Re Tillott*(9); *Re Page*(10));

(3) details of trust investments, including details of persons in occupation of trust property (*Chaine-Nicholson v Bank of Ireland*(11));

(4) formal documentation relating to trustee investments, for example, mortgage deeds (*Re Tillott*(12));

(5) details of dealings with the trust fund, for example, applications of trust capital to beneficiaries and changes of investment (*Chaine-Nicholson v Bank of Ireland*(13)) *Spellson v George*(14));

(6) legal opinions and instructions to solicitors and counsel concerning the trustees' duties and the terms of the trust (*Re Londonderry's Settlement Trusts*(15)). It is thought that this obligation does

not extend to all legal advice provided to the trustees, for example, legal opinions provided to trustees for the purposes of hostile litigation with their beneficiaries.

Trustees are not obliged to provide the following information:

(1) the agenda and minutes of meetings of the trustees (*Re Londonderry's Settlement Trusts*(16));

(2) reasons for dispositive and administrative decisions of the trustees;

(3) correspondence passing between the trustees or other power holders (*Re Londonderry's Settlement Trusts*(17));

(4) correspondence passing between trustees (or other power holders) on the one hand, and the beneficiaries of the settlement on the other hand;

(5) a letter of wishes produced by the settlor (*Hartigan Nominees Pty v Rydge*(18). See, *per contra*, *Re The Rabaiotti 1989 Settlement*, 30 May 2000, Royal Court of Jersey(19), where the court held that it had jurisdiction to order disclosure of a letter of wishes in the interests of the beneficiaries as a whole);

The above list is not intended to be comprehensive. Further, it is clear that there are classes of document where the question of disclosability is open to doubt, or will vary from case to case. For example, in *Tierney v King*(20), the Supreme Court of Queensland held that the trustees of a pension scheme were not obliged to provide an

Note:

(7) [1998] 2 All ER 547.

(8) (1872) 8 Ch App 466.

(9) [1892] 1 Ch 86.

(10) [1893] 1 Ch 304.

(11) *Supra*, note 2.

(12) *Supra*, note 9.

(13) *Supra*, note 2.

(14) (1987) 11 NSWLR 300.

(15) *Supra*, note 6.

(16) *Supra*, note 6.

(17) *Supra*, note 6.

(18) (1992) 29 NSWLR 405.

(19) In questa Rivista, 2002, 62.

(20) [1983] 2 Qd R 580.

actuarial report in their possession relating to the fund to a beneficiary. It might be argued in another case that the trustees have a duty to provide such a report pursuant to their duty to account.

The beneficiary must reimburse the trustee for the cost associated with the provision of the information (*Re Bosworth*(21); *Ottley v Gilby*(22)).

§ 4. Does the Information to be Disclosed Extend to Include Information Concerning a Company in Which the Trust Hold Shares?

Relatively few cases have considered the rights of beneficiaries to receive information about a company in which the trust holds shares, particularly if the trustees own 100% of the capital of that company. But a recent case before the Royal Court of Guernsey considered the question at some length (*Stuart Hutcheson v Spread Trustee Co Ltd*(23)).

It seems that a distinction must be made between information held by a trustee as shareholder, and as a director.

In the first situation a 1976 Irish case (*Chaine-Nickson v Bank of Ireland*(24)) held that “a potential beneficiary under a discretionary trust is entitled to copies of the trust accounts and to information as to the investments which represent the trust fund”, including “the balance sheet and profit and loss accounts of [the company] [...]”, so that information concerning the underlying company held by a trustee as shareholder was disclosable in the ordinary way.

Similarly, in Guernsey, in the *Spread* case, minutes of members’ meetings and the company’s accounts were disclosable to discretionary beneficiaries.

This is unsurprising, as the trust’s value reflects the company’s value. Also, trustees hold shares and attendant rights for the trust’s benefit so that beneficiaries can compel the trustees to exercise their inspection rights as shareholders. However, a beneficiary ought to have no greater inspection rights through a trustee shareholder, than has any other registered shareholder.

More interesting is where information sought is held by the trustee as director. A director is accountable to the company, not individual shareholders, but where there is a trust, the question is whether the beneficiaries can enforce the trustee

shareholder’s rights to obtain information which may be otherwise unavailable.

The leading case (*Butt v Kelson*(25)) concerning the duty of trustee/directors to disclose information concerned the three trustees of a will trust who were the directors of an underlying company. When a beneficiary complained about the company’s management, he was awarded disclosure at first instance as the trustees were directors and because their shareholding carried voting power so that “each of their acts as directors [...] were done in execution of their duties as trustees and all papers, books, documents and records [...] had come into their hands as [trustees] [...] [and] a beneficiary under the will was entitled to see [them]”(26). The beneficiary’s rights were upheld on appeal on different grounds. Beneficiaries were to be treated as shareholders, and had those rights, including a right to vary the company’s articles. Hence, if the court were to award disclosure, it would do so “as a short circuit [...] to an order compelling [the trustees] to use their voting powers so as to bring about what the plaintiff desires to achieve”(27).

§ 5. Who is Entitled to Information Concerning the Trust?

It is clear that a beneficiary with a vested interest in the trust fund is entitled to disclosure of the documents referred to above. But what of a beneficiary with a contingent interest in the trust fund, or the object of a discretionary trust or power?

The New South Wales case of *Spellson v George*(28) and the Irish case of *Chaine Nicholson v Bank of Ireland*(29), each held that the trustees’ duty

Note:

(21) (1989) 58 LJCh 432.

(22) (1845) 8 Beav 602.

(23) [2002] 5 ITEL 140; in questa Rivista, 2002, 596.

(24) *Supra*, note 2.

(25) [1952] 1 Ch 197.

(26) *Supra*, note 25, a p. 200.

(27) *Supra*, note 25, a p. 207.

(28) *Supra*, note 14.

(29) *Supra*, note 24.

Saggi

to account, and accordingly the duty to provide trust accounts and details of investments representing the trust fund, extends to objects of a discretion, and that such objects are entitled to copies of the trust accounts. In an English case, *Murphy v Murphy*(30), Neuberger J held that the court had power, pursuant to its equitable jurisdiction, to order the provision of information to a member of a discretionary class. The question is still the subject of debate. In *Rosewood Trust Limited v Schmidt*(31) the High Court of the Isle of Man sought to draw a distinction between objects of discretionary trusts (which trustees have a duty to exercise) and objects of fiduciary mere powers (which trustees need only consider exercising), and held that the latter type of object was not entitled to information concerning the trust whereas the former type was. This distinction was rejected by the Privy Council, who held that objects of fiduciary powers are entitled to seek disclosure (This would also seem to be the position in Guernsey: *Stuart-Hutcheson v Spread Trustee Company Ltd*(32)).

It should also be noted that, whereas a trustee is under a duty to inform a beneficiary when he becomes entitled to income or capital of the trust fund, the trustee is not obliged to inform mere objects of a discretionary trust or power that they are objects (*Re Manisty's Settlement Trusts*(33), distinguishing *Hawkesley v May*(34)).

§ 6. Defences to Disclosure.

By "Defence", what is meant here is a ground upon which a trustee can justify withholding the disclosure of a document, which he is *prima facie* liable to disclose. There is a growing amount of authority that the court may, in special circumstances, decline to order disclosure of documents which are *prima facie* disclosable (See *Re Cowin*(35); *Murphy v Murphy*(36); *Rouse and Others v 100F Australia Trustees Ltd*(37); *Re Ojeh*(38); *Lemos v Coutts & Co*(39); *Re the Rabaiotti 1989 Settlement*, 20 May 2000, Royal Court of Jersey(40); *Re Fairbairn*(41); *Schmidt v Rosewood Trust*(42)). Interestingly, it has also recently been suggested that the court may, in the interests of the beneficiaries as a whole, order disclosure of documents which are not *prima facie* disclosable (See *Re the Rabaiotti 1989 Settlement*, 20 May 2000, Royal Court of Jersey(43)).

Confidentiality may be a defence to disclosure,

although confidentiality has a wider relevance in this area. If a court were considering whether a trustee should disclose a particular document, and the disclosure of which was not governed by existing authority, the fact that it was confidential would no doubt influence the court's decision on whether a trustee has any underlying duty to disclose such a document in the first place (See *Hartigan Nominees Pty Ltd v Rydge*(44)).

The issue of confidentiality as a defence may arise where a settlor has inserted a clause into his settlement requiring the trustees to treat certain documents as confidential. It is thought that such a clause would be recognised by a court within certain limits. A clause which sought to exclude the trustees' duty to account altogether would, it is thought, be void as being contrary to the fundamental nature of the trust. Similarly, a clause which sought to restrict the court's right to make appropriate orders for procedural disclosure would, it is thought, be void as being an attempt to oust the jurisdiction of the court. In England, the question of the validity of such a clause would no doubt now have to be judged in light of Article 6 (right to a fair trial) and Article 8 (right to respect for private and family life) of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms 1950.

Note:

(30) [1998] 1 All ER 1.

(31) [2001] 3 ITEL 734.

(32) (2002-03) 5 ITEL 40.

(33) [1973] 2 All ER 1203.

(34) [1956] 1 QB 304.

(35) (1886) 33 Ch 179.

(36) *Supra*, note 30.

(37) [1999] SASC 181.

(38) [1992-93] CILR 348.

(39) [1992-93] CILR 460.

(40) *Supra*, note 19.

(41) [1967] VR 633.

(42) [2003] 2 WLR 1442.

(43) *Supra*, note 19.

(44) *Supra*, note 18.

Further defences to disclosure, which may be gleaned from the cases, are as follows: that the disclosure of the document concerned would not be in the general interest of the beneficiaries (*Rouse and Others v 100F Australia Trustees Ltd*(45), Supreme Court of South Australia. See also *Re the Rabaiotti 1989 Settlement*, 20 May 2000, Royal Court of Jersey(46)); that the information sought to be disclosed is commercially sensitive (*Re Ojje Trust*(47)); that if disclosure were made, there would be an unjustified interference in the business of a partnership in which the trustee as such was a partner (*Morris v Morris*(48)); and that the documents sought were irrelevant or had limited probative worth compared with the prejudice to the other beneficiaries of the disclosure (*Lemos v Coutts & Co*(49)).

§ 7. Annexe.

Extracts from the Trusts (Guernsey) Law 1989

Article 21. A trustee shall keep accurate accounts and records of his trusteeship.

Article 22. (1) Subject to the terms of the trust, a trustee shall at all reasonable times, at the written request of any beneficiary (including any charity named in the trust) or of the settlor, provide full and accurate information as to the state and amount of the trust property.

(2) In its application to a trust arising from a document or disposition executed or taking effect before the commencement of this Law, subsection (1) shall only operate for the benefit of a beneficiary whose interest in the trust property becomes vested before the commencement of this Law, but this subsection shall not prejudice any rights that the beneficiary may have under the terms of the trust.

Extracts from the Trusts (Jersey) Law 1984

Article 15. (5) A trustee shall keep accurate accounts and records of his trusteeship.

Article 25. Subject to the terms of the trust and subject to any order of the court, a trustee shall not be required to disclose to any person, any document which –

(a) discloses his deliberations as to the manner in which he has exercised a power or discretion or performed a duty conferred or imposed upon him; or

(b) discloses the reason for any particular exercise of such power or discretion or performance of duty or the material upon which such reason shall or might have been based; or

(c) relates to the exercise or proposed exercise of such power of discretion or the performance or proposed performance of such duty; or

(d) relates to or forms part of the accounts of the trust,

unless, in a case to which sub-paragraph (d) applies, that person is a beneficiary under the trust not being a charity, or a charity which is referred to by name in the terms of the trust as a beneficiary under the trust.

Proposed Amendment to Article 25 of the Trusts (Jersey) Law 1984

(1) The following provisions (1)(a) and (b) shall apply subject to the terms of the trust and subject to any order of the court:

(a) a trustee shall on application in writing being made to him by a beneficiary under the trust not being a charity, or by a charity which is referred to by name in the terms of the trust as a beneficiary under the trust or by the enforcer in relation to any non-charitable purposes of the trust disclose to the applicant all documents which relate to or form part of the accounts of the trust.

(b) a trustee shall not be required to disclose to any person, any document which –

(i) discloses his deliberations as to the manner in which he has exercised a power or discretion or performed a duty conferred or imposed upon him; or

(ii) discloses the reason for any particular exercise of such power or discretion or performance of duty or the material upon which such reason shall or might have been based; or

(iii) relates to the exercise or proposed exercise of such power or discretion or the performance or proposed performance of such duty.

Note:

(45) *Supra*, note 37.

(46) *Supra*, note 19.

(47) [1992-93] CILR 348 (Cayman Islands).

(48) [1993] 9 WAR 150 (Australia).

(49) [1992-93] CILR 460 (Cayman Islands).

Saggi

(2) The following provisions (2)(a) and (b) shall apply notwithstanding the terms of the trust:

(a) The court may on application made to it declare that in the particular circumstances of the trust its terms do not render the trustees sufficiently or appropriately accountable to the beneficiaries or any of them;

(b) Pursuant to such declaration the court may extend or restrict the rights of all beneficiaries to

information regarding the trust either generally or in a particular instance or may make such other order as it thinks fit.

(3) An application to the court under this Article may be made by any person referred to in subparagraph (3) of Article 47.

(4) Nothing in this Law shall derogate from any duty of the trustee to inform a beneficiary that he is a beneficiary under the trust.

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.ipsoa.it

DIRETTORE RESPONSABILE
Donatella Treu

Direttore scientifico
Maurizio Lupoi

Comitato scientifico
Sergio M. Carbone, Giorgio De Nova, Augusto Fantozzi,
Andrea Fedele, Franco Gallo, Antonio Gambaro, David
Hayton, Nicolò Lipari, Antonio Palazzo, Victor Uckmar

Coordinamento redazionale
Elisa Barla De Guglielmi, Roberta Grondona, Università
degli Studi di Genova

REDAZIONE
Valentina Ceconi, Cristina Orsenigo


REALIZZAZIONE GRAFICA
Ipsa

FOTOCOPOSIZIONE
ABCompos S.r.l.
20089 Rozzano (MI) - Via Pavese, 1/3 - Tel. 02/57789422

STAMPA
Arti Grafiche Stefano Pinelli srl
Via Farneti, 8 - 20129 Milano
Licenziato per la stampa il 16 marzo 2006

REDAZIONE

Per informazione in merito
a contributi, articoli ed argomenti trattati

scrivere o telefonare a: 

IPSOA Redazione

Casella Postale 12055 - 20120 Milano
telefono (02) 82476.018 - telefax (02) 82476.883

Pubblicità:

 db COMMUNICATION s.r.l.

db communication s.r.l.
via Leopoldo Gasparotto 168
21100 Varese
tel. 0332/282160
fax 0332/282483
e-mail: info@dbcomm.it
www.dbcomm.it
Autorizzazione Tribunale di Milano n. 626
del 28 settembre 1999
Tariffa R.O.C.: Poste Italiane Spa - Spedizione
in abbonamento Postale - D.L. 353/2003 (conv. in
L. 27/02/2004 n. 46) art. 1, comma 1, DCB Milano
Iscritta nel Registro Nazionale della Stampa
con il n. 3353 vol. 34 foglio 417 in data 31 luglio 1991

ABBONAMENTI

Gli abbonamenti hanno durata annuale, solare:
gennaio-dicembre; rolling: 12 mesi dalla data di
sottoscrizione, e si intendono rinnovati, in assenza di
disdetta da comunicarsi entro 30 gg. prima della data di
scadenza a mezzo raccomandata A.R. da inviare a
Wolters Kluwer Italia S.r.l. Strada 1 Pal. F6 Milanofiori
20090 Assago (MI).
Servizio Clienti: tel. 02 824761 -
e-mail: servizio.clienti@ipsoa.it -
www.ipsoa.it/servizioclienti

ITALIA
Abbonamento annuale: € 192,00

ESTERO
Abbonamento annuale: € 384,00

CORRISPONDENZA REDAZIONALE

Istituto di diritto privato
Via Balbi, 22 - 16126 Genova
Tel. (010) 2099896 - Fax (010) 267244
e-mail: rivistatrusters@unige.it

AMMINISTRAZIONE

Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri
arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.

scrivere o telefonare a:

Ipsa Servizio Clienti
Casella postale 12055 - 20120 Milano
telefono (02) 824761 - telefax (02) 82476.799

MODALITÀ DI PAGAMENTO

- Versare l'importo sul c.c.p. n. 583203 intestato a WKI s.r.l.
Gestione incassi - Strada 1, Palazzo F6, Milanofiori
oppure

- Inviare assegno bancario/circolare non trasferibile
intestato a Wolters Kluwer Italia s.r.l.
Indicare nella causale del versamento il titolo della rivista
e l'anno dell'abbonamento.

Prezzo copia: € 50,00

Arretrati: prezzo dell'anno in corso all'atto della richiesta

DISTRIBUZIONE

Vendita esclusiva per abbonamento

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è
comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per
gli effetti del combinato disposto dall'art. 74 del D.P.R.
26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive
modificazioni e integrazioni

Egregio abbonato,

Ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30.6.2003 n. 196, La informiamo che i Suoi dati sono conservati nel data base informatico del titolare del trattamento, Wolters Kluwer Italia S.r.l. Responsabile del trattamento: Ufficio MID. L'elenco aggiornato di tutti i responsabili del trattamento potrà essere richiesto per iscritto all'Ufficio MID presso la sede della società. I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, da enti e società esterne ad essa collegati, nonché da soggetti terzi, titolari autonomi del trattamento, solo per l'invio di materiale amministrativo-contabile, commerciale e promozionale. Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione scritta a Wolters Kluwer Italia S.r.l., Ufficio MID, Milanofiori, Strada 1-Palazzo F6, 20090 Assago (MI).

Divulgazione dei documenti del trust a “potenziali non beneficiari”

di Edoardo Berti-Riboli

SOMMARIO: § 1. Il caso *Alhamrani* – § 2. Un ulteriore tassello nell'inquadramento del diritto all'informazione dei beneficiari.

§ 1. Il caso *Alhamrani*.

La fattispecie oggetto della sentenza in commento pronunciata dalla Corte d'Appello di Jersey(1), concerne la disputa tra i sette fratelli e le due sorelle appartenenti alla famiglia Alhamrani, i quali erano beneficiari di due trust. La controversia aveva ad oggetto la distribuzione del patrimonio di famiglia di cui una parte era sottoposta nei due trust, mentre l'altra parte era costituita da beni localizzati negli Emirati Arabi.

Dalle risultanze del procedimento emerge come nel settembre 2000 i suddetti membri della famiglia Alhamrani avessero firmato un accordo con cui ad alcuni di loro veniva assegnato il patrimonio costituito dai beni localizzati negli Emirati Arabi mentre agli altri quanto restava, inclusi i beni sottoposti nei trust; in seguito una serie di procedimenti, aventi ad oggetto la validità di alcuni contratti posti in essere in relazione ai trust, vennero intentati anche al fine di determinare se, in virtù della firma dell'accordo, la parte della famiglia Alhamrani a cui erano stati assegnati i beni localizzati negli Emirati Arabi avesse rinunciato alle rispettive posizioni giuridiche beneficiarie ovvero, conformemente a quanto disposto dalla legge degli Emirati Arabi, fosse sotto l'obbligazione vincolante di rinunciare.

Il 6 gennaio 2004, il Tribunale di primo grado degli Emirati Arabi giudicava nullo il citato accordo.

In base a tale decisione la parte della famiglia Alhamrani che pareva aver rinunciato alle rispettive posizioni giuridiche beneficiarie nei due trust – con la sola eccezione di un fratello che, invece, si era opposto adducendo, appunto, che i richiedenti non dovessero essere considerati quali beneficiari – richiese alla corte di Jersey la divulgazione delle informazioni finanziarie e dei documenti inerenti i trust e la loro gestione. I richiedenti erano mossi dalla preoccupazione che il valore del patrimonio sottoposto negli stessi trust fosse notevolmente diminuito in seguito a

diverse attribuzioni ed era, a loro avviso, necessario analizzare con cura la relativa posizione finanziaria.

Né i trustee né gli altri membri della famiglia Alhamrani si erano opposti, pertanto la Corte ordinò la divulgazione in quanto:

– la dichiarazione di nullità dell'accordo firmato comportava la decadenza della presunta rinuncia alle posizioni giuridiche beneficiarie;

– solamente uno dei fratelli Alhamrani si era opposto ed anche qualora la Corte d'Appello degli Emirati Arabi, adita dallo stesso, avesse riformato la decisione, alcun pregiudizio gli sarebbe stato arrecato posto che, da ulteriori indagini, era emerso che lo stesso avrebbe prestato il suo consenso alla divulgazione dei documenti qualora i richiedenti avessero rinunciato al procedimento pendente dinnanzi l'autorità giudiziaria di Jersey fino a che la Corte d'Appello degli Emirati Arabi non avesse deciso nel merito.

La Corte nel suo ragionamento concorda con il principio stabilito nel recente caso *Schmidt v Rosewood Trust Limited*(2) ed in particolare viene sottolineato e riaffermato come il giudice sia dotato di un fortissimo potere di supervisionare l'amministrazione degli atti di trust ed, eventualmente, del potere di intervenire, qualora lo ritenga opportuno, per meglio attuare le finalità per cui il trust è stato istituito ovvero bilanciare gli interessi coinvolti(3).

Note:

Edoardo Berti-Riboli collabora presso lo Studio del Notaio Luigi Francesco Rizzo in Genova.

(1) *In the Matter of Internine Trust and Intertraders Trust and in the Matter of The Trusts (Jersey) Law, 1984 Articles 47 and 49; and in the Matter of the Representation of Sheikh Mohamed Ali M. Alhamrani, Aheikh Siraj Ali M. Alhamrani, Aheikh Khalid Ali M. Alhamrani, Sheikh Abdulaziz Ali M. Alhamrani and Sheikh Ahmed Ali M. Alhamrani, infra*, 282.

(2) *Schmidt v Rosewood Trust Ltd.* [2003] All ER 76 [2003] AC 709; in questa Rivista, 2003, 586.

(3) In particolare il riferimento della Corte è al passaggio di cui ai paragrafi 66 e 67 del testo della sentenza, come riportato *infra*, ovvero “[66] Their Lordships have already indicated their view that a beneficiary's right to seek disclosure of trust documents, although sometimes not inappropriately described as a proprietary right, is best approached as one aspect of the court's inherent jurisdiction to supervise (and where appropriate intervene in) the administration of trusts. There is therefore in (Segue)

Saggi

Il fratello Alhamrani, che si era opposto alla divulgazione dei documenti, aveva, conseguentemente, adito anche la Corte d'Appello di Jersey affinché riformasse la decisione e aveva, altresì, prospettato di adire l'ultimo organo di giudizio degli Emirati Arabi, ricorso tuttavia proponibile in rare circostanze in quanto previamente sottoposto al parere favorevole del sovrano.

A prescindere dalla decisione della autorità giudiziaria degli Emirati Arabi, la Corte d'Appello di Jersey doveva, comunque, risolvere la questione se l'accordo firmato tra i membri della famiglia Alhamrani costituisse una effettiva rinuncia alle posizioni giuridiche beneficiarie secondo la legge di Jersey.

Nel corso del giudizio venne richiamata l'attenzione della corte sul pensiero di Mr. Justice Lightman⁽⁴⁾ secondo cui nel caso *Schmidt v Rosewood Trust Limited* il principio per cui, qualora una posizione giuridica beneficiaria sia incerta, il giudice può rimandare ogni decisione nel merito fintantoché tale posizione non sia chiarita, trova una deroga quando eccezionali circostanze richiedano che il giudice prescinda da una simile valutazione ed ordini la divulgazione dei documenti stessi.

La Corte d'Appello concluse la sua analisi in senso favorevole alla divulgazione dei documenti in quanto:

- le parti richiedenti non erano soggetti estranei al trust, poiché almeno sino alla firma dell'accordo nel settembre 2000 erano beneficiari;

- con riferimento al giudizio pendente presso l'autorità giudiziaria degli Emirati Arabi, il suddetto accordo, fintantoché non fosse stata riformata la sentenza in primo grado, rimaneva nullo e, anche qualora fosse stata riformata, la legge di Jersey poteva dichiarare che i membri della famiglia Alhamrani erano comunque beneficiari;

- qualora non fosse stato riconosciuto il potere di ordinare la divulgazione dei documenti, sarebbe stato, ingiustificatamente, limitato il potere di supervisione e di bilanciamento del giudice in relazione al trust, disattendendo oltretutto quanto stabilito nel caso *Schmidt v Rosewood Trust Limited* e conferendo ai soli soggetti che potevano vantare una chiara posizione giuridica beneficiaria il potere di ricevere e richiedere informazioni e documenti inerenti il trust;

- l'opposizione portata avanti da uno solo dei fratelli Alhamrani era un mero espediente, infatti era stato ulteriormente dimostrato come lo stesso avrebbe

prestatato il suo consenso alla divulgazione dei documenti qualora i richiedenti avessero rinunciato al procedimento pendente dinanzi l'autorità giudiziaria di Jersey fino a che la Corte d'Appello degli Emirati Arabi non avesse deciso nel merito, decisione che, a quella data, era stata emessa ed in senso sfavorevole allo stesso;

- la divulgazione dei documenti e delle informazioni avrebbe potuto aiutare la risoluzione della disputa familiare in corso.

Note:

(Continua nota 3)

their Lordships' view no reason to draw any bright dividing line either between transmissible and non-transmissible (that is, discretionary) interests, or between the rights of an object of a discretionary trust and those of the object of a mere power (of a fiduciary character). The differences in this context between trust and powers are (as Lord Wilberforce demonstrated in *McPhail - v - Doulton* [1972] All ER228, [1971] AC 424 a good deal less significant than the similarities. The tide of Commonwealth authority, although not entirely uniform, appears to be flowing in that direction.

[67] However, the recent cases also confirm (as had been stated as long ago as *Re Cowin* (1886) 33 Ch D 179) that no beneficiary (and least of all a discretionary object) has any entitlement as of right to disclosure of anything which can plausibly be described as a trust document. Especially when there are issues as to personal or commercial confidentiality, the court may have to balance the competing interests of different beneficiaries, the trustees themselves and third parties. Disclosure may have to be limited and safeguards may have to be put in place. Evaluation of the claims of the beneficiary (and especially of a discretionary object) may be an important part of the balancing exercise which the court has to perform on the materials placed before it. In many cases the court may have no difficulty in concluding that an applicant with no more than a theoretical possibility of benefit ought not to be granted any relief'.

(4) Mr. Justice Lightman, *The Trustees' duty to provide information to Beneficiaries*, The Withers Lecture 2003 King's College, Londra, 21 ottobre 2003, consultabile sul sito Internet del Department for Constitutional Affairs, all'indirizzo <http://www.dca.gov.uk/judicial/speeches/jl211003.htm>. L'autore cerca di analizzare alla luce del caso *Schmidt v Rosewood Trust Limited* quelle che sono le peculiarità emerse dalle maggiori decisioni in materia di diritto all'informazione e divulgazione dei documenti in trust, anche attraverso l'analisi della disciplina relativa la materia testamentaria, ed in particolare egli prospetta tre scenari:

- il primo qualora il trust contenga o escluda, espressamente o implicitamente, il potere di divulgare le informazioni e i documenti; in tal caso il giudice è in qualche modo limitato nel suo potere di supervisione, fermo restando comunque che lo stesso non potrà essere escluso e conseguentemente il giudice potrà essere adito qualora sia vietata la divulgazione di argomenti di stretto interesse per il soggetto avente una posizione giuridica beneficiaria;

- il secondo qualora il disponente, conferendo nel trust ogni più ampia discrezionalità al trustee, gli precisi successivamente attraverso comunicazioni confidenziali come esercitare la stessa, ed in tal caso si verifica una palese mancanza di trasparenza;

- il terzo qualora sia il beneficiario a richiedere la divulgazione di informazioni o documenti ed in tal caso, prima della sentenza *Schmidt v Rosewood Trust Limited*, vi era la convinzione che i documenti confidenziali, e rivelanti come il trustee avesse o meno esercitato un suo potere discrezionale, non potessero essere divulgati ed in ogni caso come in generale i beneficiari discrezionali non avessero titolo per ricevere tali informazioni.

§ 2. Un ulteriore tassello nell'inquadramento del diritto all'informazione dei beneficiari.

La sentenza della Corte d'Appello di Jersey rappresenta indubbiamente una ulteriore dimostrazione di come l'evoluzione giurisprudenziale in materia di diritto di informazione dei beneficiari e divulgazione dei documenti in trust stia rapidamente procedendo(5).

Ferma restando l'analisi che si è condotta in un precedente scritto(6), viene confermato il ruolo positivo del giudice, del quale viene sottolineata l'importanza al fine di eliminare le incertezze sull'applicazione dei diritti nascenti dal trust.

In particolare il carattere peculiare della decisione consiste nell'affermare che il potere del giudice possa espandersi eccezionalmente sino ad ordinare la divulgazione delle informazioni e dei documenti anche a prescindere dalla certezza delle posizioni giuridiche beneficiarie, evidenziando così come il suo ruolo divenga di primaria importanza nella materia anche al fine di evitare che il trustee debba decidere direttamente nel merito, rischiando così di venire meno al suo ruolo neutrale ed esponendosi al rischio di commettere delle violazioni.

La Corte d'Appello, tuttavia, diminuisce in parte la portata innovativa della sua pronuncia giustificando la sua scelta come motivata dalla circostanza che i soggetti interessati – coloro i quali, risultando assegnatari del patrimonio costituito dai beni localizzati negli Emirati Arabi, avrebbero rinunciato alle rispettive posizioni giuridiche beneficiarie – non erano estranei al trust, in quanto almeno sino al settembre 2000 essi erano in base ai due trust beneficiari a pieno titolo, e richiama una serie di precedenti(7) a lei sottoposti, rilevanti ai suoi fini sotto il profilo della controversia procedurale, da cui emerge come la divulgazione di documenti all'interno di un procedimento sia necessaria, in base al principio generale vigente, quando sussiste una lite giudiziaria e i documenti rilevanti devono essere prodotti in giudizio, qualora sia data prova dell'importanza degli stessi.

La Corte quindi nel suo giudicare sembrerebbe essersi basata maggiormente sui principi generali del diritto procedurale ed in questa ottica avrebbe inteso il mancato richiamo nel merito ad una sua precedente decisione(8), ove incidentalmente aveva affrontato la portata applicativa dell'art. 25 della Trust Jersey Law 1984(9), concludendo che, sebbene il giudice non sia costretto, in base alla legge, a ordinare la di-

vulgazione dei documenti in trust a persone non aventi una posizione giuridica beneficiaria, tuttavia

Note:

(5) In particolare, e con riferimento alla sola recente giurisprudenza di Jersey, si portano all'attenzione del lettore le seguenti controversie:

– *Jocelyn Enid James v Joseph Frederick Newington, Francis Patrick Mark James, Patricia Frances Vivien Fisher, Stephen Dominic James* [2004] WTLR 863, in questa Rivista, 2005, 102;

– *Jacobus Broere v Mourant & Co. (Trustees) Ltd., Fusina Trust Co. Ltd., Cornelia Broere, Elizabeth Broere, Jacoba (Jacqueline) Broere, Cornelia Ak Broere*, in questa Rivista, 2005, 258;

– *M v G* [2003] JLR Note 28, ove viene consolidato il principio secondo cui la divulgazione di documenti sia necessaria qualora emerga con chiarezza che la parte, a cui sono richieste le stesse nel corso del procedimento, fornisca un quadro appositamente limitato al fine di non compromettere la sua posizione;

– *In the matter of the M trusts* [2003] JLR Note 6, in questa Rivista, 2004, 94, ove viene riaffermato come la divulgazione di documenti non debba essere ordinata qualora non sia a vantaggio dei beneficiari, bensì possa comportare conseguenze negative per alcuni di essi, fermo restando tuttavia che il giudice mantiene il potere discrezionale di ordinare, anche parzialmente, la divulgazione qualora egli lo ritenga utile ed opportuno. Per ulteriore recente giurisprudenza mondiale, cfr. *M. Bridges, Panorama di giurisprudenza recente sui trust*, in questa Rivista, 2005, 523 ed in particolare, ai fini della nostra analisi, a pp. 524-527.

(6) *V. E. Berti-Riboli, Diritto all'informazione dei beneficiari*, in questa Rivista, 2004, 197, ove vengono altresì analizzate alcune fra le più significative decisioni aventi ad oggetto il diritto di informazione e la divulgazione di documenti.

(7) Cfr. *Jacobus Broere v Mourant & Co. (Trustees) Ltd., Fusina Trust Co. Ltd., Cornelia Broere, Elizabeth Broere, Jacoba (Jacqueline) Broere, Cornelia Ak Broere* [supra, nota 5]; *Mayo Associates S.A. v Cantrade Private Bank Switzerland (C.I.) Ltd.* [1998] JLR 173 e *In the matter of the Rabaotti 1989 Settlement* [2000] JLR 173, in questa Rivista, 2002, 62.

(8) *Re CA Settlement* [2002] JLR 312.

(9) Il testo della Trust Jersey Law 1984, come modificata nel 1996, può leggersi in questa Rivista, 2001, 125; in *R. Dabormida – P. Dibari – A. Fusi – E. Incisa di Camerana – G. La Torre – D. Mazzone – F. Steidl, Leggi tradotte, Trusts, Quaderni*, n. 1, Milano, 2001, 63, ove è riportato il testo completo di traduzione a cura del notaio Francesco Steidl di Firenze; in *M. Lupoi, Trust Laws of the World – A Collection of Original Texts*, vol. I, Roma, 2000, 986; è consultabile sul sito Internet dell'Associazione "Il trust in Italia" all'indirizzo <http://www.il-trust-in-italia.it>. In particolare si riporta integralmente il testo, come tradotto a cura del notaio Francesco Steidl, dell'articolo 25:

“ARTICOLO 25

Rifiuto del trustee di esibire documenti

Fermo restando quanto previsto dalle clausole del trust ed a meno che non sia ordinato dalla Corte, ad un trustee non può essere richiesto di esibire a nessuno alcuna documentazione che -

(a) riveli sue decisioni in ordine al modo in cui ha esercitato un potere discrezionale o ha svolto un compito affidatogli o impostogli; oppure

(b) riveli i motivi di un particolare modo in cui abbia esercitato un potere, compiuto un atto discrezionale o adempiuto una obbligazione, o il fondamento sul quale tali motivi siano o possano essere basati; oppure

(c) sia in relazione con l'esercizio o l'intento di esercitare tali poteri o atti discrezionali, l'adempimento o le modalità con le quali intende adempiere tali doveri; oppure

(d) sia in relazione o sia parte dei conti del trust,

a meno che, nel caso in cui si applica il sotto paragrafo (d), il richiedente sia un beneficiario del trust, ma non si tratti di un ente caritatevole (*charity*), oppure sia un ente caritatevole (*charity*) nominativamente indicato dalle clausole del trust come beneficiario o sia il guardiano in relazione agli scopi non caritatevoli (*non-charitable purposes*) del trust”.

Saggi

lo stesso giudice può, qualora a suo avviso le circostanze lo richiedano, decidere a favore della divulgazione(10).

Certamente in questa nuova prospettiva la difficoltà maggiore sorge per il giudice nel valutare se le circostanze possano essere qualificate come eccezionali e così ordinare la divulgazione a tali soggetti, ma mi sembra possibile affermare che una simile analisi non possa prescindere da quello che è l'interesse delle parti del procedimento; infatti, pur accettando che anche le persone non aventi una posizione giuridica beneficiaria definita possano ricevere le informazioni e i documenti relativi al trust, ciò nonostante mi sembra che il pensiero del giudice sia rivolto verso l'accertamento che gli stessi abbiano un interesse non meramente teorico a ricevere dette informazioni(11).

Note:

(10) In particolare, il riferimento è al passaggio di cui ai paragrafi 10 e 11, ovvero "[10] The representor contends that, notwithstanding that she is a stranger to the settlement, the court has jurisdiction to make an order that the documents in question be disclosed to her because of the provisions of art. 25 of the 1984 Law:

Subject to the terms of the trust and subject to any order of the court, a trustee shall not be required to disclose to any person, any document which -

(a) discloses his deliberations as to the manner in which he has exercised a power or discretion or performed a duty conferred or imposed upon him; or

(b) discloses the reason for any particular exercise of such power or discretion or performance of duty or the material upon which such reason shall or might have been based; or

(c) relates to the exercise or proposed exercise of such power or discretion or the performance or proposed performance of such duty; or

(d) relates to or forms part of the accounts of the trust;

unless, in a case to which sub-paragraph (d) applies, that person is a beneficiary under the trust not being a charity, or a charity which is referred to by name in the terms of the trust as a beneficiary under the trust".

[11] We are satisfied that there is jurisdiction to make an order in the terms requested. The introduction to art. 25 refers to "any person." That expression is to be distinguished from the concluding passage of the article which makes specific provision where "[...] that person is a beneficiary [...]". The expression therefore extends to non-beneficiaries.

The article is not as easy to construe as it might be because of the use of the double negative; but in essence it provides that, subject to any order of the court, the trustee is not required to disclose to any person, documents falling within paras. (a), (b) or (c) but is required to disclose documents falling within para. (d), *i.e.* documents relating to or forming part of the trust accounts, to a person who is a beneficiary. The fact that a trustee is not required to disclose any of the categories of documents to a non-beneficiary "subject to any order of the court" must mean, in our judgment, that there is jurisdiction for the court to order disclosure to a non-beneficiary in appropriate cases".

(11) Cfr. la lettura di Mr. Justice Lightman, *The Trustees' duty* [*supra*, nota 4], ove, nella parte conclusiva, l'autore sottolinea come il pensiero di David Hayton – secondo cui il trustee deve informare un soggetto maggiore di età e capace della relativa posizione giuridica beneficiaria e di quanto afferente la stessa, a prescindere dalla sua natura e con la sola eccezione a) che il disponente abbia diversamente disposto; b) il soggetto non abbia una posizione primaria; c) la classe di soggetti interessati sia vasta – sia ripreso da Lord Walker il quale giunge alle medesime conclusioni nel caso *Schmidt v Rosewood Trust Limited* [*supra*, nota 2], utilizzando però un ragionamento differente ovvero che in caso di ampi poteri conferiti al trustee lo stesso dovrebbe utilizzare un particolare approccio rivolto agli interessi dei primi beneficiari, previa verifica della attualità degli stessi. Fermo restando che il trustee dovrà utilizzare metodi di comunicazione che assicurino al beneficiario la possibilità di apprezzare completamente il contenuto di quanto divulgato.

Fallimento del disponente, nullità dei trasferimenti al trustee e collaborazione tra giudici nell'ambito della legislazione coloniale

di Elisa Barla De Guglielmi

SOMMARIO: § 1. Sintesi delle vicende giudiziarie dello sceicco arabo Al Sabah. – § 2. Conseguenze delle sentenze di Jersey ed attuali sviluppi della vicenda a Bahamas. – § 3. La colonizzazione inglese, con particolare riferimento all'attività legislativa dell'Impero e delle colonie. – § 4. La cooperazione tra magistrati di diversi ordinamenti in virtù delle disposizioni coloniali imperiali.

§ 1. Sintesi delle vicende giudiziarie dello sceicco arabo Al Sabah.

Le vicende giudiziarie dello sceicco arabo Fahad Mohammed Al Sabah hanno sovente attirato l'attenzione di questa Rivista e degli studiosi di trust(1). Le frodi da egli attuate, anche grazie all'ausilio dello strumento del trust, infatti, hanno dato luogo a numerosi procedimenti in diversi ordinamenti, alcuni dei quali conclusi con sentenze molto importanti: queste note traggono il loro spunto da un provvedimento del Privy Council(2) a definizione di uno degli aspetti a corollario dell'intera vicenda(3). Prima di entrare nel merito della pronuncia, tuttavia, può forse giovare ripercorrere brevemente la precedente storia giudiziaria.

La "saga" ha avuto origine nel 1992, allorquando il Kuwait Investment Office, succursale londinese dell'Autorità che si occupa della gestione degli investimenti del governo del Kuwait in Europa, verifica che una società controllata spagnola, la Grupo Torras S.a., negli ultimi anni aveva subito perdite per più di quattrocento milioni di dollari. A seguito di indagini interne, emerge che si tratta di ammanchi imputabili ad una condotta fraudolenta dell'allora presidente (lo sceicco Fahad Mohammed Al Sabah) e di alcuni membri dello *staff* dirigenziale. Onde recuperare tali perdite, pertanto, nel 1993, la Grupo Torras S.a. instaura un procedimento innanzi alla Commercial Court inglese affinché questa, accertate le responsa-

bilità dello sceicco e degli altri convenuti, emetta una condanna al risarcimento dei danni.

Al momento della proposizione dell'azione, Fahad, ormai dimessosi dalla propria carica e trasferitosi alle Bahamas, risulta essere il disponente di numerosi trust istituiti in altrettante giurisdizioni, due dei quali particolarmente ricchi e retti dalla legge di Jersey: l'"Esteem Settlement" (istituito nel 1981) ed il "N. 52 Trust" (istituito nel 1990), dei quali sono beneficiari lo stesso sceicco, i famigliari ed i discendenti presenti e futuri.

Note:

Elisa Barla De Guglielmi è dottoranda di ricerca in diritto comparato nell'Università di Firenze.

(1) In questa Rivista sono già state pubblicate le sentenze *Re Abacus (CI) Ltd. (trustee of the Esteem Settlement) Grupo Torras SA and another v Al Sabah and others*, 2004, 414 e *Grupo Torras S.A. v Sheikh Fahad Mohammed Al Sabah*, 2002, 434, commentata da E. Barla De Guglielmi, Potere del trustee di assolvere un debito del beneficiario, *ivi*, 407; inoltre, gli aspetti connessi all'azione revocatoria intentata nei confronti di alcuni atti di disposizione compiuti dallo sceicco (sulla quale si è pronunciata la Royal Court di Jersey con sentenza del 17 gennaio 2002, *In re Esteem Settlement*, 2002 JLR 53) sono stati commentati da M. Bridges, "Sham" e altri temi centrali del diritto dei trust nella sentenza "Grupo Torras", in questa Rivista, 2005, 384 e da M. Bellazzi, L'azione revocatoria nell'isola di Jersey, in questa Rivista, 2004, 34. Misura dell'interesse suscitato dal complesso delle sentenze è riscontrabile anche nei sei articoli apparsi, dal 2000 al 2003, sulla rivista *Trusts & Trustees*: P. Friedman – B. Taylor, Grupo Torras: an end to the interlocutory games, vol. 6, n. 10 (2000), 14; M. Robertson – J. Wheeler, Grupo Torras: the Beneficiaries' Perspective, vol. 7, n. 4 (2001), 23; M. Robertson, Grupo Torras: Enforcement of Judgments Against Trusts: More Haste – Less Speed, vol. 7, n. 10 (2001), 30; N. Journeaux – R. Vibert, Attacking offshore trusts in light of the *Grupo Torras/Esteem Settlement* litigation, vol. 9, n. 10 (2003), 27; J. Wheeler – G. Kleiner, Grupo Torras: claims attacking the validity of a trust: the failure of the novel claims, vol. 9, n. 10 (2003), 12; A. Keltie – M. Morrison, Attacking offshore trusts: Jersey Grupo Torras – *In re Esteem Settlement*, vol. 10, n. 1 (2003), 10.

(2) Per una succinta descrizione delle caratteristiche del Privy Council si v. il sommario della sentenza *Trustee of the Property of Jan Yngve Pehrson, a bankrupt v Madeleine von Greyerz*, in questa Rivista, 2001, 260.

(3) *Barbara Alice Al Sabah, Mishal Roger Al Sabah v Grupo Torras SA, Clifford Culmer as trustee of the property of Sheikh Fahad Mohammed Al Sabah, bankrupt*, in questa Rivista, 2006, 107.

S a g g i

L'azione proposta nel 1993 subisce quasi immediatamente una battuta d'arresto: i convenuti, infatti, sollevano una questione pregiudiziale di giurisdizione sostenendo la competenza del giudice spagnolo(4), ma sia in primo grado (nel 1994), sia in sede d'appello (nel 1995), la questione viene rigettata e ribadita la competenza del tribunale inglese.

La causa viene quindi riassunta e nel 1999 la Commercial Court, accertata la sussistenza di un disegno criminoso volto a sottrarre capitali all'attrice nel periodo compreso tra il 1988 ed il 1990, dichiara la responsabilità del principale convenuto, Fahad, e lo condanna ad un risarcimento che, tra capitale, spese ed interessi, ammonta a ottocento milioni di dollari. Avverso questa sentenza lo sceicco chiede di proporre appello, ma il necessario consenso gli viene negato(5). Il provvedimento, dunque, è definitivo.

Prima di addivenire alla sentenza del 1999, comunque, il Grupo Torras, temendo atti (illegittimi) di disposizione patrimoniale da parte dello sceicco, chiede ed ottiene in diversi ordinamenti misure cautelari aventi ad oggetto non solo i beni di proprietà di Fahad, ma anche quelli trasferiti ai trust (con particolare riferimento ai due strumenti di Jersey).

Ottenuta la condanna del 1999, le vicende giudiziarie dello sceicco possono essere idealmente scisse in tre diversi "filoni". Un primo avente ad oggetto la possibilità che il trustee di Jersey impieghi (quasi tutti) i beni in trust per saldare (seppur parzialmente) il debito; un secondo, legato all'azione revocatoria esperita avverso gli atti di dotazione patrimoniale dei due trust di Jersey; ed infine un terzo sull'eventualità di una dichiarazione di simulazione dei medesimi.

I primi due "filoni", strettamente collegati tra loro, trovano la rispettiva origine in alcune *directions* ottenute dal trustee dai giudici di Jersey: sulla base di queste indicazioni, infatti, il trustee decide di proporre un'azione volta all'accertamento della validità dei due trust, sulla quale si "innesta" un'azione, che i civilisti definirebbero revocatoria, proposta dal Grupo Torras al fine di sentir dichiarare: da un lato, che i trust sono stati istituiti al solo scopo di defraudare la stessa istante e, dall'altro lato, che essi sono contrari all'ordine pubblico, quindi nulli, ovvero che i patrimoni ivi conferiti sono oggetto di un *constructive trust* in suo favore.

Pochi mesi dopo, lo stesso trustee presenta alla Royal Court, affinché lo approvi, un progetto che prevede l'impiego di quasi tutti i beni in trust per soddisfare le pretese del creditore, ravvisando in ciò l'a-

dempimento ai propri doveri fiduciari in quanto devoluzione che, seppur in modo indiretto, avrebbe comportato un vantaggio per il beneficiario(6).

Essendo i due procedimenti instaurati legati da un vincolo di sussidiarietà, la Royal Court (il 13 giugno 2000) decide di sospendere la discussione del progetto presentato dal trustee, ritenendolo naturalmente condizionato alle risultanze del primo. Avverso questa decisione propone appello il Grupo Torras: il 27 luglio 2000 la Court of Appeal riforma la sentenza e dispone che la questione possa essere trattata anche nelle more della principale. L'opposizione presentata dai famigliari dello sceicco (annoverati tra i beneficiari degli strumenti) viene conseguentemente rigettata sia dalla medesima corte, sia, successivamente, dal Privy Council (con sentenza del 10 ottobre 2000).

Il procedimento sospeso viene dunque riassunto e le due cause procedono su binari paralleli. La prima sentenza che interviene, il 9 gennaio 2001 (confermata in appello il 17 settembre 2001(7)), respinge il progetto di impiego dei beni in trust presentato dal

Note:

(4) Si tratta di uno dei tanti tentativi compiuti dai convenuti per ritardare il più possibile il momento dell'accertamento delle loro responsabilità risarcitorie e delle conseguenti procedure esecutive. La stessa Court of Appeal di Jersey, in una sentenza interlocutoria del 2000, pone in evidenza, non senza disappunto, questa condotta processuale ritenuta scorretta: "There is apparently as yet no appreciation that the time when it was acceptable for advocates to play interlocutory games [...] has gone. Such conduct of civil proceedings is unacceptable in the 21st century, because usually the only beneficiaries of such procedures are the lawyers [...]" (l'affermazione della corte è riportata da P. Friedman - B. Taylor, Grupo Torras: an end to the interlocutory games [*supra*, nota 1], a p. 16).

(5) In effetti l'ordinamento inglese si caratterizza per il fatto che, a differenza del nostro sistema, nel quale il ricorso ad un secondo grado di giudizio è libero e rimesso alla discrezionalità della parte, le sentenze della High Court (nelle diverse divisioni di cui è composta) sono normalmente definitive ed esecutive. La parte soccombente non ha alcun diritto di proporre appello alla Court of Appeal, bensì una semplice possibilità, destinata a concretizzarsi alla triplice condizione che: ne faccia richiesta, il giudice di primo grado la cui sentenza si intende impugnare vi acconsenta rilasciando un apposito *leave*, e che il giudice d'appello decida di rivedere il giudizio.

(6) Il trustee, in effetti, aveva chiesto nuovamente delle *directions*, disponendo già di un potere in tal senso in base agli atti istitutivi dei trust (ove era espressamente contemplato il potere, discrezionale e senza obbligo di rendiconto, di disporre in tutto o in parte del patrimonio in favore di uno o più beneficiari, secondo quanto egli avesse ritenuto più opportuno). La richiesta di indicazioni, presentata ai sensi della *sect. 47* della Trusts (Jersey) Law 1984, si giustifica in virtù della considerazione per la quale talvolta, quando si tratta di compiere azioni di particolare importanza e gravità, il trustee preferisce avere un parere dal giudice al quale conformarsi: in questo modo egli potrà andare esente da ogni responsabilità qualora dovesse essere accusato di aver, con la propria condotta, commesso *breach of trust*.

(7) Si tratta della sentenza *Grupo Torras S.A. v Sheikh Fahad Mohammed Al Sabah* [*supra*, nota 1].

trustee non ravvisandone, considerata la situazione(8), alcuna utilità ed alcun reale vantaggio per lo stesso beneficiario nel cui interesse si pretendeva operare(9).

La questione relativa alla revocatoria, o *action paulienne*, come denominata dagli stessi giudici, viene decisa dalla Royal Court l'anno seguente (17 gennaio 2002). La sentenza, particolarmente lunga ed articolata, è basata sull'applicazione di un diritto che costituisce il prodotto della combinazione delle norme consuetudinarie normanne vigenti nell'isola, della *common law* inglese e degli sviluppi del diritto francese ottocentesco. In applicazione di questo complesso di disposizioni, il giudice introduce il principio secondo il quale è possibile dichiarare la nullità di un atto, disponendone la revoca degli effetti, alla sola condizione della sussistenza, al momento del suo compimento, di due requisiti: l'intenzione fraudolenta del debitore ed il pregiudizio nei confronti dei creditori (sotto forma di una sua futura e conseguente insolvenza). In applicazione di questo principio, la Royal Court, accertate che entrambe le condizioni possono ritenersi sussistenti in relazione a tutti gli atti compiuti da Fahad dopo il 1990, dichiara la nullità del "N. 52 Trusts", in quanto istituito nel 1992, con conseguente revoca di tutti i suoi effetti; in relazione all'"Esteem Settlement" dispone la revoca dei soli conferimenti successivi al 1990.

Così conclusisi due dei tre "filoni" in cui si è articolata la vicenda giudiziaria, ed essendo rimaste ampiamente insoddisfatte le pretese creditorie del Grupo Torras (i beni oggetto degli atti dispositivi in relazione ai quali era stata positivamente esperita l'azione revocatoria, infatti, non si erano dimostrati sufficienti allo scopo), alla società spagnola non resta che tentare di aggredire il ben più consistente patrimonio dell'"Esteem Settlement" nella composizione antecedente al 1990. Allo scopo viene intentata una terza causa, dai molti profili, ove spicca quello legato alla simulazione. Alla base della domanda attorea vi è la contestazione della validità dei trust in quanto, si afferma, essi sarebbero "sham" (e quindi nulli), avuto riguardo al fatto che il disponente non avrebbe mai avuto la reale intenzione di perdere il controllo sui beni trasferiti al trustee. Tale nullità, inoltre, deriverebbe dall'applicazione di una massima del diritto consuetudinario di Jersey in base alla quale una donazione deve essere dichiarata nulla se, nel momento in cui venne effettuata, il donante non aveva l'intenzione di perdere il controllo su quanto si apprestava a

trasferire(10) (senza contare poi che siffatti trust violerebbero le norme di ordine pubblico). In subordine, qualora i trust dovessero essere riconosciuti validi, il Grupo Torras chiede che il giudice, accertato il forte controllo esercitato dal disponente sui trust, "pierce the veil", ovvero, "sollevi il velo" rappresentato dallo strumento del trust e riconosca l'effettiva titolarità dei beni in capo al disponente medesimo. Infine, qualora dovessero essere disattesi tutti i punti sopraindicati, l'attore chiede il riconoscimento in proprio favore di un *remedial constructive trust*.

Con una sentenza lunghissima, il 13 giugno 2003 la Royal Court rigetta tutte le domande attoree(11).

Quanto al rilievo della simulazione, con conseguente nullità dei trust, la corte ritiene necessaria la presenza di un intento, comune a disponente e tru-

Note:

(8) Dalla sentenza si evince infatti che: lo sceicco, pur condannato, si è sempre proclamato innocente; non vi è dunque stata alcuna forma di pentimento, né è presumibile che vi sia in futuro; lo stesso beneficiario ha in più di un'occasione rifiutato l'aiuto proposto dal trustee; infine, beneficiari del trust sono anche altre persone (sia nate, sia non ancora concepite – i futuri discendenti), che rischiano, a seguito di una tale eventuale operazione, di restare prive di alcuna forma di sostentamento.

(9) I giudici hanno scorporato la problematica loro sottoposta in tre questioni: può un trustee impiegare i beni in trust in favore di un beneficiario anche contro la sua volontà? L'impiego di questi beni per assolvere un debito del beneficiario può realmente essere considerato un beneficio? Ed infine, il giudice potrebbe sostituirsi al trustee nell'esercizio di un tale potere? Queste le motivazioni, confermate in appello, poste dalla Royal Court alla base della propria decisione: un trustee può impiegare i beni in trust per saldare un debito di un beneficiario, agendo "paternalisticamente", solo se ciò costituisce per lui un beneficio; il concetto di beneficio, tuttavia, se non è di semplice definizione, è inscindibilmente collegato ad un miglioramento della posizione del beneficiario, miglioramento che, però, nella fattispecie, non è in alcun modo ravvisabile (innanzi tutto perché i beni non sarebbero sufficienti a saldare completamente il debito; in secondo luogo perché l'operazione avrebbe comportato una riduzione dei beni in pregiudizio degli interessi degli altri beneficiari; ed in terzo luogo perché in tal modo si vorrebbe porre rimedio ad una situazione in relazione alla quale lo sceicco non prova alcun senso di colpa e alla quale non intende far fronte). L'ultimo rilievo rimane assorbito dal secondo: non è infatti opportuno, in quanto improprio e ad esclusivo vantaggio del creditore, riconoscere al trustee (ovvero esercitare in vece del trustee) un tale potere di destinazione dei beni in trust.

(10) Si tratta della massima "donner et retenir ne vaut", la cui origine è legata alla tutela dei diritti dei legittimari per i casi di donazioni compiute in vita dal *de cuius* e poi risultanti pregiudizievoli per la quota di patrimonio relicto ad essi riservata. Secondo questa massima, pertanto, una donazione effettuata senza un reale *animus donandi*, bensì con l'intenzione di riservarsi il controllo sul bene trasferito, ed avente le suddette conseguenze dovrà essere dichiarata nulla dal giudice. Sul rilievo che questo principio assume a Jersey, e per la sua applicazione in relazione al trust (pur essendo questo un istituto sconosciuto alle consuetudini normanne) sia consentito rinviare alla sentenza *Abdel Rahman v Chase Bank (C.I.) Trust Company Limited and five others*, in questa Rivista, 2004, 296.

(11) *Re Abacus (CI) Ltd. (trustee of the Esteem Settlement) Grupo Torras SA and another v Al Sabah and others* [supra, nota 1].

S a g g i

stee, di non agire conformemente all'atto istitutivo del trust, e ciò al fine di trarre in inganno i creditori. Nella fattispecie, la condotta del trustee consente di escludere in capo a questi qualsiasi intenzione illecita: ne consegue, dunque, l'assenza di simulazione. Priva di rilievo è anche la massima di diritto consuetudinario invocata: il fatto che sin dal trasferimento dei beni il donante-disponente abbia desiderato riservarsi il controllo su di essi consente, al più, di ricondurre il tutto nell'ambito della simulazione, la quale, peraltro e come appena visto, è da escludersi. Né può trovare applicazione il principio (preso in prestito dal diritto societario) che consente di "sollevare il velo" rappresentato da un certo strumento (una società, ma in questo caso il trust) per accertare la reale titolarità di un bene. Presupposto affinché esso possa operare, infatti, è che quello che si sostiene essere l'effettivo proprietario abbia davvero agito come tale, ovvero, nel caso del trust, che il disponente abbia assunto su di sé le funzioni proprie del trustee e che questi abbia, nella sostanza, rinunciato all'adempimento dei propri doveri fiduciari. Nuovamente, la condotta tenuta dal trustee nell'intera vicenda consente di escludere una tale "sostituzione". Infine, quanto alla sussistenza di un *remedial constructive trust*, la Royal Court ne esclude a priori la dichiarabilità, sia perché ipotesi sconosciuta al diritto locale, sia perché esisterebbero altri strumenti per addivenire allo scopo perseguito, sia, ancora, perché essa esclude di avere il potere di porre ordine tra i diritti proprietari altrui.

§ 2. Conseguenze delle sentenze di Jersey ed attuali sviluppi della vicenda a Bahamas.

Le sentenze conclusive dei tre procedimenti principali attraverso i quali il Grupo Torras ha tentato di soddisfare le proprie pretese creditorie presentano degli aspetti molto importanti per tutta l'industria dei trust *off-shore*, con particolare riferimento ai rimedi a disposizione di quei creditori che, come la società spagnola, intendono attaccarli e smontarli allo scopo di reperire beni sui quali potersi rivalere(12).

Nella prima pronuncia i giudici, prescindendo da valutazioni di giustizia e di obbligazioni morali, hanno ritenuto di dover escludere che il trustee potesse impiegare (quasi tutti) i beni in trust per far fronte al debito di uno dei beneficiari. Con la seconda sentenza la Royal Court ha ammesso la possibilità, attraverso l'*action paulienne*, di revocare gli effetti degli atti dispositivi compiuti dal dispo-

nente, ma alla duplice condizione che il creditore possa, da un lato, fornire prova della sottrazione fraudolenta di beni propri, e, dall'altro lato, che possa dimostrare la sussistenza dell'intenzione di arrecargli un pregiudizio. Questi due provvedimenti hanno sostanzialmente aperto le porte al terzo ed ultimo che ha posto dei vincoli molto precisi alla dichiarazione di simulazione, con conseguente nullità, del trust. Esso si segnala come particolarmente significativo per coloro che intendono disporre dei propri beni mediante trust *off-shore* (in particolare di Jersey): viene infatti riconosciuto come legittimo il mantenimento di un significativo grado di controllo da parte del disponente sull'attività del trustee; l'azione concordata tra disponente-beneficiario e trustee, inoltre, è valutata positivamente (e l'eventuale disaccordo è considerato legittima causa di dimissioni del secondo), mentre la violazione dei doveri fiduciari (*breach of trust*) pare poter essere sollevata in giudizio solo dai beneficiari dello strumento, e non anche da terzi (creditori).

Come è stato appropriatamente sostenuto, "for the frustrated creditor, however, the most recent Jersey judgment is bad news": nel rigettare le pretese del Grupo Torras, infatti, i giudici hanno manifestato la loro ritrosia ad estendere la portata di alcuni principi (si pensi a quello, del diritto societario, di "sollevare il velo") al trust e di introdurre nuove forme di bilanciamento tra i diritti proprietari e i rimedi a disposizione dei creditori(13).

La vicenda giudiziaria sviluppatasi a Jersey ha avuto così conclusione, ma la società spagnola ha potuto recuperare solo una parte del proprio credito: le finalità delle azioni ivi intentate sono le medesime che hanno portato il Grupo Torras ad instaurare cause simili anche nelle Isole Bahamas e Cayman.

La sentenza del Privy Council dalla quale queste note prendono spunto trae la propria origine dalla dichiarazione di fallimento di Fahad Mohammed Al Sabah contenuta in un provvedimento del giudice delle Bahamas del 29 giugno 2001, emesso a seguito della condanna, da parte della Commercial Court inglese, ad un risarcimento di ottocento milioni di dol-

Note:

(12) A. Keltie - M. Morrison, Attacking offshore trusts: Jersey Grupo Torras - *In re Esteem Settlement* [supra, nota 1], a p. 14.

(13) A. Keltie - M. Morrison, Attacking offshore trusts: Jersey Grupo Torras - *In re Esteem Settlement* [supra, nota 1], a p. 15.

lari, in applicazione del Bahamian Bankruptcy Act 1870.

A seguito della sentenza del giugno 2001, il trustee nominato per la cura del patrimonio del fallito (che, quindi, corrisponde alla figura di diritto italiano del curatore fallimentare) agisce per il recupero dei beni che lo sceicco aveva, nel 1992, immesso in due trust sottoposti dapprima alla legge di Bahamas e, successivamente, a quella delle Isole Cayman⁽¹⁴⁾. Tale essendo l'intenzione, ed essendo i beni sottoposti alle norme di un ordinamento differente dal proprio, il trustee ricorre alla Bahamian Grand Court affinché questa, in applicazione della *sect.* 122 del Bankruptcy Act 1914 inglese, emetta un provvedimento di richiesta di aiuto e collaborazione rivolto alla Grand Court delle Isole Cayman. In accoglimento dell'istanza, nel marzo dell'anno seguente il giudice provvede con un ordine contenente una richiesta articolata su tre punti: il riconoscimento, nelle Isole, della funzione del trustee quale essa è in Bahamas; il riconoscimento di tutti i poteri di cui disporrebbe, nella medesima situazione, un trustee locale, ivi inclusi, in particolare, i poteri di cui alla *sect.* 107 della [Cayman] Bankruptcy Law (1997 Revision); nonché il riconoscimento di qualsiasi ulteriore potere che il giudice delle Isole dovesse ritenere opportuno.

La richiesta viene accolta dalla Grand Court sulla base della *sect.* 122 del Bankruptcy Act 1914 e della *sect.* 156 della Bankruptcy Law (1997 Revision) delle Isole Cayman; conseguentemente, viene disposto che il trustee bahamense possa avvalersi dei poteri previsti dalla *sect.* 107 della [Cayman] Bankruptcy Law (1997 Revision), e ciò sia sulla base della considerazione che alcuni dei beni in trust si trovavano nel territorio delle Isole, sia rientrando una tale prerogativa nell'ambito dei poteri propri del giudice ("inherent jurisdiction"). Avverso questo provvedimento due dei beneficiari dei trust (la moglie ed il figlio dello sceicco) propongono infruttuosamente appello. Della questione viene quindi investito il Privy Council il quale, peraltro, con una motivazione molto interessante che prende le mosse dall'analisi della legislazione coloniale britannica del XIX secolo, conclude nel senso che il ricorso debba essere rigettato.

La norma invocata, ovvero la *sect.* 107 della [Cayman] Bankruptcy Law (1997 Revision), è alla base della problematica sollevata poiché stabilisce che qualsiasi disposizione patrimoniale volontaria effettuata da una persona successivamente fallita può essere dichiarata nulla dal trustee del fallimento entro:

due anni dalla data dell'atto di disposizione; ovvero entro dieci anni dalla medesima data, a meno che i beneficiari della disposizione non dimostrino che quando il disponente agì era in grado di far fronte a tutti i suoi debiti con beni ulteriori. Come è facilmente intuibile, avvalendosi di tale potere il trustee del fallimento potrebbe dichiarare nulli gli atti di dotazione dei trust, con l'ulteriore nefasta conseguenza, per i beneficiari, di vederli svuotati e quindi di essere privati di tutti i vantaggi di una vita agita che essi avevano reso possibile.

Prima di analizzare la posizione assunta dal Privy Council, ed al di là degli aspetti più puramente fallimentari, è interessante notare le argomentazioni alla base dell'accoglimento della richiesta di cooperazione e di riconoscimento avanzata dal giudice bahamense, soprattutto con riferimento al rilievo che assume nel contesto coloniale la legislazione inglese.

§ 3. La colonizzazione inglese, con particolare riferimento all'attività legislativa dell'Impero e delle colonie.

Sia le Bahamas sia le Isole Cayman hanno fatto parte dell'impero coloniale inglese: le prime furono acquisite mediante occupazione (*settlement*) e direttamente sottoposte all'autorità ed al governo della Corona, mentre le seconde, seppur acquisite nello stesso modo, vennero amministrate come una dipendenza della Giamaica (a sua volta colonia conquistata). Nel 1973 le Bahamas ottennero l'indipendenza dalla madrepatria, divenendo quindi uno stato sovrano ed autonomo, membro del Commonwealth e tuttora dominio del sovrano inglese (che ne è quindi formalmente il Capo di Stato)⁽¹⁵⁾. Le Isole Cayman, parte dell'Im-

Note:

(14) Già nel 1995 il Grupo Torras aveva intentato un'azione innanzi ai giudici delle Isole Cayman, avanzando pretese proprietarie sui beni contenuti nel primo dei suddetti trust. La questione, peraltro, al momento della pronuncia della sentenza del Privy Council in analisi, risultava ancora in discussione.

(15) Le Bahamas hanno conquistato l'indipendenza in base al Bahamas Independence Act 1973. La Costituzione (Bahama Islands (Constitution) Act 1963) è la legge fondamentale dello Stato: ogni norma in contrasto con i principi ed i diritti fondamentali del cittadino ivi riconosciuti è inficiata da nullità.

Il potere esecutivo è amministrato in nome del sovrano inglese da un Governatore Generale che, solitamente, agisce in accordo con un Gabinetto, titolare di un generale potere di direzione e controllo del governo delle Bahamas, che insieme al primo risponde del proprio operato innanzi al Parlamento.

(Segue)

Saggi

però dalla fine del XVII secolo, nel 1863 vennero poste sotto la giurisdizione del Governatore, del legislatore e della Supreme Court della Giamaica. Dopo che, nel 1962, la Giamaica conquistò l'indipendenza, la popolazione delle Cayman ha preferito restare sotto la tutela dell'Impero sostanzialmente per ragioni di utilità e di sviluppo economico: ancora oggi esse sono una colonia britannica ed ufficialmente rientrano tra i c.d. Territori d'Oltremare(16).

Non è possibile in questa sede analizzare compiutamente i rapporti tra le (ex)colonie e la madrepatria Inghilterra. Tuttavia, come parte della documentazione pubblicata su questa Rivista dimostra, spesso la proposizione di una questione giuridica in un ordinamento *off-shore* determina la necessità di un raffronto delle norme locali (soprattutto se lacunose) con quelle di altri Paesi aventi una tradizione giuridica simile, ed in particolare con quelle inglesi, che, a seguito della politica coloniale del XVIII e del XIX secolo, sono state ivi ampiamente "esportate". Con l'annessione all'Impero britannico delle nuove terre si è quindi in primo luogo verificata la diffusione di un diritto che, salvo poi evolversi in modi differenti, ha consentito la nascita di un substrato giuridico comune: non è raro, oggi, imbattersi in pronunce di giudici di Stati, ex colonie ed oggi membri del Commonwealth, che richiamano precedenti inglesi e viceversa(17), così come, d'altronde, non è raro che vengano seguiti i medesimi modelli normativi(18).

In considerazione dei riferimenti contenuti nella sentenza in esame ad alcune antiche norme inglesi, approvate dal Parlamento imperiale con effetto per le colonie, può dunque essere interessante ripercorrere brevemente i caratteri del rapporto intercorrente tra queste e l'Impero.

Innanzitutto, è necessario riprendere la distinzione, già riportata da Blackstone nel 1765(19), tra colo-

Note:

(Continua nota 15)

Il Parlamento è composto dal sovrano, da sedici senatori (nove scelti e nominati dal Primo Ministro, quattro nominati su proposta del capo del partito all'opposizione, e tre scelti di comune accordo tra maggioranza e minoranza di governo, al fine di assicurare che tale camera rispecchi la composizione politica dell'altra), e dalla House of Assembly, composta da trentotto membri elettivi. La legislatura ha durata quinquennale, salvo la possibilità di una proroga per massimo due anni in caso di guerra; le relazioni intercorrenti tra i due rami parlamentari seguono sostanzialmente il modello inglese; ed il Parlamento in seduta plenaria ha i più ampi poteri legislativi, ivi compreso quello di modificare le disposizioni della Costituzione, salva la necessità, in questo caso, di un'approvazione a maggioranza qualificata. Il potere giurisdizionale è esercitato da una Supreme Court composta da

un Chief Justice, nominato su suggerimento del Primo Ministro in accordo con l'opposizione, al quale si affianca un certo numero di giudici (stabilito dal Parlamento) scelti sulla base delle indicazioni della Judicial and Legal Service Commission. Vi è poi una Court of Appeal nella quale siedono un Presidente, il Chief Justice (che interviene solo su invito del Presidente) ed un numero di giudici determinato dal Parlamento. Avverso le sentenze della Supreme Court in tema di libertà e diritti fondamentali è garantito un secondo grado di giudizio innanzi alla Court of Appeal ed un terzo innanzi al Judicial Committee del Privy Council. In materie specifiche ed entro limiti di valore, per le cause civili il ricorso al Privy Council è possibile solamente a seguito del rilascio di una *leave* da parte della Court of Appeal. Infine, alcune delle competenze giurisdizionali di tale organo possono essere delegate dal Parlamento ad altri collegi giudicanti appositamente nominati in sostituzione del primo.

Per una più ampia descrizione dell'ordinamento di Bahamas, v. Halsbury's, Laws of England, IV ed., Londra, 1974, vol. 6, pp. 403-405.

(16) Nelle Cayman Islands il potere esecutivo è esercitato da un Governatore, nominato dal sovrano (inglese), che, in virtù delle leggi e della costituzione locale, amministra e governa le Isole in base alle istruzioni impartite da Sua Maestà. Al Governatore si affianca un Executive Council, composto di sette membri, quattro dei quali elettivi; in alcuni casi, tuttavia, il primo può agire indipendentemente dall'accordo con il secondo (si tratta delle materie urgenti o, al contrario, di scarsa importanza; delle situazioni in cui egli ritenga che da una consultazione le indicazioni ricevute dalla Corona risulterebbero pregiudicate; delle ipotesi in cui egli debba agire discrezionalmente o in considerazione delle sole *Royal Instructions*; dei casi in cui sia implicato l'esercizio di un potere relativo a difesa, affari esteri, sicurezza interna, polizia ed organizzazione e disciplina dei servizi pubblici; infine, di tutte quelle circostanze in relazione alle quali egli è espressamente autorizzato da una norma positiva ad agire senza previa consultazione). Quando invece è necessario che Governatore e Executive Council operino d'intesa, il primo non può prescindere dal consiglio del secondo a meno che non consideri che ciò sia nell'interesse dell'ordine pubblico, della fede pubblica o del buon governo, ed abbia ottenuto il consenso del Segretario di Stato (eccezione è rappresentata dal versare in una situazione d'urgenza).

L'Assemblea Legislativa è composta dal Governatore, dallo Speaker (se presente), da tre membri ufficiali e da dodici elettivi; le elezioni vengono indette al termine di ogni legislatura (massimo quadriennale) a seguito della quale il Governatore dispone lo scioglimento dell'Assemblea.

Il potere giurisdizionale è rimesso alla Grand Court, composta da giudici locali dotati di particolari requisiti di idoneità (che coincidono con quelli necessari per svolgere le medesime mansioni in Giamaica). Sono previsti anche dei giudici di pace con una competenza, sia civile sia penale, molto limitata. Avverso le decisioni dei giudici di primo grado può essere proposto appello innanzi alla Court of Appeal for Jamaica, quindi può essere presentato ricorso al Privy Council.

Per una più ampia descrizione dell'ordinamento delle Isole Cayman, v. Halsbury's, Laws of England [*supra*, nota 15], pp. 543-545.

(17) Sovente i giudici inglesi richiamano sentenze canadesi, australiane e neozelandesi.

(18) Il trust è sicuramente un buon esempio: le leggi di Anguilla si sono in parte ispirate a quelle del Belize (che a sua volta ha tratto spunto da Guernsey e Jersey) e delle Isole Cayman; la legge di Barbados, del 1979, è sostanzialmente allineata al Trustee Act inglese del 1925; anche Dominica ha tratto spunto dal Belize, così come Grenada (che si è ispirata anche a Guernsey), Montserrat e Nevis (che ha coniugato alcune di queste norme con altre originarie delle Isole Cook); ma l'elenco potrebbe continuare a lungo. Sia quindi consentito rinviare alla dettagliata analisi delle c.d. leggi del "modello internazionale" di M. Lupoi, Trusts, II ed., Milano, 2001, pp. 316-341.

(19) W. Blackstone, Commentaries on the Laws of England, 1765, vol. I, p. 104 s.

Oltre al citato Blackstone, per una più ampia trattazione di quanto ci si appresta a riassumere sia consentito rinviare a: W. Holdsworth, A History of English Law, vol. XI, Londra, 1938, pp. 230-274; A. V. Dicey, Introduction to the Study of the Law of the Constitution, Londra, 1956, pp. 102-121; O. H. Phillips, Constitutional and Administrative Law, III ed., Londra, 1962, pp. 720-738; Halsbury's, Laws of England [*supra*, nota 15], pp. 472-474; 483-487; 508-522; 587-597.

nie acquisite mediante occupazione (*settled*) e colonie conquistate o acquisite mediante trattato (*conquered or ceded*): nell'uno e nell'altro caso differente è la posizione costituzionale rivestita dalla colonia, così come lo sono i poteri riservati alla Corona. La differenza sta tutta nella presenza o meno di una società civilizzata: si ricade nella prima tipologia in assenza di popolazione, o in presenza di una forma di governo non civilizzata o comunque non riconosciuta dal diritto internazionale(20); al contrario, si ricade nella seconda ipotesi qualora sussista una qualche forma di riconoscimento(21). In effetti, la maggior parte delle colonie è stata acquisita mediante un trattato sottoscritto o con un altro stato sovrano (le isole Seychelles, St. Vincent, St. Lucia, e Grenada, ad esempio, vennero cedute dalla Francia, Gibilterra dalla Spagna e Hong Kong dalla Cina), o con un capo tribù locale (come ad esempio le isole Gilbert e Ellice), o, ancora, con il consenso della popolazione (è il caso di Malta).

Dal punto di vista normativo, le colonie sono rette al contempo da leggi e ordinanze emanate dal sovrano(22), dal Parlamento dell'Impero (ovvero, il Parlamento di Londra in tale veste), e da un organo locale avente una potestà legislativa(23) limitata all'approvazione di tutte quelle disposizioni che si rendano necessarie per il mantenimento della pace, dell'ordine pubblico e del buon governo del territorio ("for the peace, order and good government")(24).

L'ampiezza dell'autonomia legislativa coloniale(25), tuttavia, è stata chiaramente sancita solo nel

spensione del suo potere legislativo (egli, comunque, non può mai emanare norme in materie per le quali non disponga di un tale potere anche in madrepatria). A seguito dell'entrata in vigore del British Settlements Act 1887, tuttavia, il Sovrano può, a prescindere dal Parlamento coloniale, emanare tutte quelle leggi che si rendano necessarie, istituire corti e amministrare la giustizia, allo scopo di assicurare la pace, l'ordine ed il buon governo del territorio.

Nel caso di colonie conquistate o ottenute tramite cessione i poteri della Corona vanno dall'adozione delle soluzioni normative, esecutive e giudiziarie ritenute più opportune, al compimento di qualsiasi atto esecutivo e legislativo, con l'unico limite rappresentato dalla non contrarietà ad una legge del Parlamento imperiale che produca i propri effetti nella colonia. La nomina di un'assemblea legislativa, come nelle altre colonie, impedisce al Sovrano di esercitare i propri poteri normativi, salvo che nel documento di annessione della colonia all'Impero, o in un successivo Act imperiale, non gli sia stata espressamente riservata la competenza.

(23) Sia esso il solo Governatore, sia esso questi congiuntamente ad un corpo elettivo locale. Il legislatore coloniale non è in nessun caso delegato dal, o subordinato al, Parlamento imperiale: si tratta di un organo avente piena autonomia ed indipendenza, seppur nel solo ambito delle materie di competenza, all'interno delle quali non soffre alcuna restrizione (v. *Powell v Apollo Candle Co.* (1885) 10 App. Cas. 282).

In realtà le leggi coloniali sottostanno ad una forma di controllo esercitata dal Parlamento di Westminster per il tramite del potere di veto attribuito alla Corona, e da questa esercitato attraverso il suo rappresentante, in due diversi modi: innanzi tutto, il Governatore può rifiutare direttamente il proprio consenso al progetto di legge, "cancellandolo" così in modo definitivo; in secondo luogo, il Governatore può, senza rifiutare il proprio consenso, portare il progetto all'attenzione del Sovrano: in tal modo esso diverrà legge solo a seguito dell'approvazione regia (contenuta in un atto del Primo Ministro e, quindi, indirettamente, parlamentare).

(24) Al contrario, "The legislation of the Imperial Parliament [...] is subject to no such limitation, and that Parliament may make laws for any purpose which seems good to it" (J. W. Salmond, *The Limitations of Colonial Legislative Power*, (1917) 33 L.Q.R. 117, a p. 122).

(25) Precisiamo che, salvo il caso in cui la Corona abbia concesso al legislatore coloniale un potere in tal senso, l'efficacia della legge da esso approvata è circoscritta e limitata ai soli confini della colonia, in quanto non sussisterebbe alcuna competenza legislativa con effetto extra-territoriale (sul tema v. ampiamente J. W. Salmond, *The Limitations of Colonial Legislative Power* [supra, nota 24]; D. P. O'Connell, *The Doctrine of Colonial Extra-Territorial Legislative Incompetence*, (1959) 75 L.Q.R. 318). Una delle ragioni di questa incompetenza può essere forse ravvisata in un problema di responsabilità internazionale del governo imperiale, il quale non avrebbe potuto, né si desiderava fosse costretto a, rispondere degli atti eventualmente compiuti da una colonia irresponsabile. La limitazione, comunque, non riguarda solamente i confini della colonia, bensì anche gli abitanti della medesima: "[...] the Sovereign had [...] the right [...] of creating local Legislative Assembly with authority subordinate indeed to that of Parliament but supreme within the limits of the colony for the government of its inhabitants" (*Kielley v Carson* (1842) 4 Moo. 63, 13 ER 225). Il principio è stato portato alle sue più estreme conseguenze dal Privy Council nel caso *Macleod v Attorney General for New South Wales* [1891] A.C. 455. La questione verteva su un appello proposto da un uomo condannato nel Nuovo Galles del Sud per aver commesso bigamia negli Stati Uniti. La condanna era basata sulla norma della colonia in base alla quale chi, essendo sposato, contraeva matrimonio con altra persona durante la vita del coniuge, "ovunque" il secondo matrimonio abbia luogo, commette un reato punito con la reclusione. Al centro dell'appello vi era la portata del termine "ovunque": ovvero se la condotta, per perfezionare il reato, avesse dovuto verificarsi "ovunque" nel mondo, o "ovunque" nella colonia. Il Privy Council, nell'interpretare la norma, dichiara che se dovesse essere attribuito a "ovunque" il primo significato prospettato si sarebbe innanzi ad una disposizione con efficacia extra-territoriale, quindi nulla: ne consegue, dunque, la necessità di interpretarla come riferita esclusivamente ai confini coloniali (così restringendo ulteriormente l'efficacia nello spazio di queste norme). Successivamente, co-

(Segue)

Note:

(20) L'espansione dei domini imperiali mediante occupazione può essere attuata in tre modi: con rilascio, da parte della Corona, di un'apposita autorizzazione ad un determinato soggetto (solitamente contenuta in patenti), ed in tal modo il possesso viene acquisito in nome del sovrano inglese; in assenza di un'autorizzazione, mediante un diretto riconoscimento, sempre da parte della Corona, che il territorio rientra tra i domini britannici; ed infine, qualora si tratti di luoghi disabitati, mediante annessione.

(21) Tale distinzione si trova tracciata nella sentenza *Freeman v Fairlie* (1828) 1 Moo. Ind. App. 305, 18 E.R. 117, a p. 324, 128: "The reason why the rules are laid in Books of authority, with the reference to the distinction between new discovered Countries, on the one hand, and ceded or Conquered Countries, on the other, may be found, I conceive, in the fact, that this distinction had always, or almost always, practically corresponded with that, between the absence and the existence of a lex loci, by which the British settlers might, without inconvenience, for a time, be governed [...]"

(22) La Corona legifera mediante Orders in Council, proclamazioni e lettere patenti. In ogni caso vigono regole differenti per colonie occupate e colonie conquistate o acquisite mediante trattato. Per quanto riguarda le prime, il Sovrano, oltre ad avere ampi poteri di governo e di costituzione di corti di giustizia, può disporre la nascita di un organo avente competenza legislativa che, non appena entrerà in funzione, determinerà la so-

Saggi

1865 con l'approvazione del Colonial Laws Validity Act(26). Ivi, infatti, viene statuito che in nessun caso i Parlamenti coloniali possono emanare leggi che, seppur approvate conformemente all'iter legislativo vigente, siano in contrasto (*repugnant*) con disposizioni emanate dal Parlamento imperiale per quella precisa colonia, o in generale per tutte le colonie: in tale ipotesi, se possibile, la norma dovrà essere interpretata alla luce delle seconde, essendo altrimenti nulla(27). Per converso, i Parlamenti coloniali possono approvare leggi che siano in palese contrasto con la *common law* in generale, o con norme approvate per la sola madrepatria e introdotte nell'ordinamento della colonia per mezzo di un atto di recepimento del legislatore locale, o con i principî di giustizia naturale: disposizioni di tale tipo non saranno né sottoposte ad un'interpretazione orientata, né nulle(28).

L'introduzione del diritto inglese nelle colonie conquistate o cedute, tuttavia, incontra il limite del *corpus* normativo ivi vigente al momento dell'annessione all'Impero: in base alla *common law*, infatti, esso resta in vigore fin quando la Corona, per mezzo dei propri poteri, non decida di modificarlo(29). In ogni caso, qualora i giudici coloniali dovessero trovarsi innanzi a leggi ingiuste o, perché basate su differenti precetti religiosi o principî etici, contrastanti con il livello di sviluppo raggiunto dalla civiltà europea, sono tenuti a disapplicarle e a decidere le controversie sulla base dell'equità(30). All'assegnazione dello *status* giuridico di colonia fa seguito l'introduzione della *common law* e della *statute law* inglesi nello stato in cui esse si trovano al

ta principî che, non essendo mai stati precedentemente chiariti, potevano dar adito a dubbi ed incertezze; parte di tale rilevanza, tuttavia, viene meno se solo si considera, sostiene Dicey, che i principî ivi riportati sono comunque gli stessi che fino a prima dell'approvazione della legge trovavano spontanea applicazione (il loro contenuto non costituirebbe dunque una novità).

Sulla ragione che ha portato all'emanazione della legge in questione sia consentito rinviare a W. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. XIV, Londra, 1964, pp. 343-347.

(27) L'eventuale contrasto tra norma coloniale e norma imperiale sarà risolto dal giudice del caso specifico in favore della seconda; nessun giudice, infatti, può dare legittima esecuzione alla disposizione locale: è questo l'inevitabile risultato conseguente alla sovranità legislativa esercitata dal Parlamento imperiale (A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* [*supra*, nota 19], p. 109).

(28) I principî enunciati sono contenuti nelle *sectt.* 2 e 3 del Colonial Laws Validity Act 1865: "Sect. 2. Any colonial law which is or shall be in any respect repugnant to the provisions of any Act of Parliament extending to the colony to which such law may relate, or repugnant to any order or regulation made under authority of such Act of Parliament, or having in the colony the force and effect of such Act, shall be read subject to such Act, order, or regulation, and shall, to the extent of such repugnancy, but not otherwise, be and remain absolutely void and inoperative.

Sect. 3. No colonial law shall be or be deemed to have been void or inoperative on the ground of repugnancy to the law of England, unless the same shall be repugnant to the provisions of some such Act of Parliament, order or regulation as aforesaid".

(29) *Blankard v Galdy* (1693) 4 Modern 222, 87 E.R. 359: "The laws by which the people were governed before the conquest of the island, do bind them till new laws are given, and Acts of Parliament made here since the conquest do not bind them unless they are particularly named. The reason is, because though a conqueror may make new laws, yet there is a necessity that the former should be in force till new are obtained, and even then some of their old customs may remain". Nel precedente *Campbell v Hall* (1774) Lofft 655, 98 E.R. 848, Mr. Justice Aston, a p. 741, 895, nel formulare sei proposizioni fondamentali in relazione allo stato delle colonie conquistate e dei relativi abitanti, afferma "[...] laws of a conquered country continue until they are altered by the conqueror. The justice and antiquity of this maxim is uncontroversial [...]"; il principio è ripetuto anche in numerose sentenze successive, tra cui: *Forbes v Cochran* (1824) 2 Barn. & Cr. 448, 107 E.R. 450; *Ruding v Smith* (1821) 2 Hag. Con. 371, 161 E.R. 774; *Freeman v Fairlie* [*supra*, nota 21]; *Mayor of Lyons v East India Company* (1836) 1 Moo. Ind. App. 175, 18 E.R. 66, per Lord Brougham.

(30) Il principio ("rightly repudiated in the eighteenth century", W. Holdsworth, *A History of English Law* [*supra*, nota 19], p. 238) si trova statuito in diverse sentenze. Si v.: *Calvin's Case* (1608) 7 Coke Report 1a, 77 E.R. 377, a p. 17b, 398: "[...] there is a diversity between a conquest of a kingdom of a Christian King, and the conquest of a kingdom of an infidel; for if a King come to a Christian kingdom by conquest, seeing that he hath vitae et necis potestatem, he may at his pleasure alter and change the laws of that kingdom: but until he doth make an alteration of those laws the ancient laws of that kingdom remain. But if a Christian King should conquer a kingdom of an infidel, and bring them under his subjection, there ipso facto the laws of the infidel are abrogated, for that they be not only against Christianity, but against the law of God and of nature, contained in the decalogue; and in that case, until certain laws be established amongst them, the King by himself, and such Judges as he shall appoint, shall judge them and their causes according to natural equity, in such sort as Kings in ancient time did with their kingdoms, before any certain municipal laws were given, as before hath been said"; *Dutton v Howell* (1693) Shower PC 24, 1 E.R. 17 ("[...] upon the Conquest of an Infidel Country, all the old Laws are abrogated [at the] instant, and the King imposes what he pleases; and in case of the Conquest of a Christian Country, he may change them at Pleasure, and appoint such as he thinks fit [...]").

Note:

(Continua nota 25)

munque, la giurisprudenza del Privy Council si è dimostrata più "elastica", riconoscendo la validità, ed ammettendo l'applicazione, di norme coloniali anche in assenza di una così stretta connessione territoriale (v. *Ashbury v Ellis* [1893] A.C. 339; *Peninsular and Oriental Steam Navigation Company v Kingston* [1903] A.C. 471; e *Attorney General for Canada v Cain* [1906] A.C. 542).

Per quanto riguarda i Domini dell'Impero britannico, invece, la competenza legislativa extra-territoriale, sancita inizialmente in via giurisprudenziale (*Croft v Dunphy* [1932] All. E.R. Rep. 154), è stata ufficialmente affermata dallo Statute of Westminster 1931 ("3. It is hereby declared and enacted that the Parliament of a Dominion has full power to make laws having extraterritorial operation").

(26) Circa l'importanza relativa delle norme ivi contenute v. A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* [*supra*, nota 19], p. 107, il quale pone in evidenza come la legge sia sicuramente molto rilevante poiché in essa hanno trovato per la prima volta espressione scrit-

momento dell'annessione(31); ciò però non implica che anche le loro evoluzioni debbano esse esportate nelle colonie: anzi, queste possono liberamente sviluppare il proprio ordinamento sia per mezzo di difformi interpretazioni giurisprudenziali, sia per mezzo di leggi e codificazioni approvate dal legislatore locale.

Al contrario, nei territori occupati il perdurare dell'applicazione di eventuali consuetudini o del diritto indigeno è condizionata ad una specifica concessione da parte della Corona e alla non contrarietà ai generali principî di giustizia e di umanità(32), mentre la *common law* e la *statute law* inglesi vi hanno efficacia immediata ed automatica (come ad esempio per ciò che attiene alla tutela dell'integrità personale)(33), in quanto si ritiene operante il principio per il quale il cittadino inglese che occupa un territorio porta con sé tutti i diritti ed i privilegi di cui gode in madrepatria, ma soprattutto il diritto di essa, seppur nello stato in cui esso si trova alla data dell'occupazione, mentre ogni successiva evoluzione che subisca si estenderà alla colonia in tanto in quanto ciò sia espressamente previsto(34). Comunque, anche in queste colonie, come nelle altre, e a meno che non sia diversamente previsto, il diritto "importato" potrà subire adeguamenti e sviluppi successivi indipendenti da quelli della *common law* inglese(35).

Per quanto riguarda le leggi che il Parlamento inglese approvi dopo l'acquisizione della colonia, esse vi troveranno applicazione solamente se il provvedimento lo preveda espressamente o ciò risulti dalla natura e dalla portata delle disposizioni medesime(36). In proposito è peraltro necessario effettuare una distinzione dalla quale discendono importanti conseguenze. Dobbiamo infatti distinguere, da un lato, le leggi approvate dal Parlamento britannico per l'Inghilterra, la Scozia e l'Irlanda del Nord, la cui efficacia si estende anche ad un territorio dipendente (ma che sono e rimangono esclusivamente parte del loro diritto); e, dall'altro lato, le leggi destinate a divenire anche parte integrante del diritto del territorio al quale si riferiscono. Nel primo caso l'operatività delle disposizioni sarà condizionata al verificarsi di eventi o circostanze specificatamente individuate per relazione con il territorio coloniale, mentre nel secondo caso l'applicabilità sarà sicuramente più ampia. Nonostante la distinzione, costituisce principio generale l'ipotesi numero uno, mentre affinché una norma inglese entri a far parte del diritto proprio della colonia (eventualità peraltro non sovente), è necessario: che

lo schema legislativo ivi previsto sia tale da avere im-

Note:

(31) Sono comunque escluse tutte quelle norme la cui applicazione, per la loro stessa natura e per ragioni di ordine locale, è circoscritta ai soli confini inglesi: *Attorney-General v Stewart* (1817) 2 Mer. 143, 35 E.R. 895, a p. 160, 900.

(32) W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* [supra, nota 19], p. 105: "[...] In conquered or ceded countries, that have already laws of their own, the king may indeed alter and change those laws; but, till he does actually change them, the antient laws of the country remain, unless such as are against the law of God, as in the case of an infidel country".

(33) Salvo, tuttavia, ciò che concerne alcune materie per le quali non è opportuna un'aprioristica estensione di una avanzata disciplina ad una neonata colonia: proprietà, ordine pubblico, prelievo fiscale, religione e corti ecclesiastiche, usura, matrimonio di minori e incapaci, etc.

(34) Il principio si trova affermato in numerosi precedenti, tra cui *The Lauderdale Peerage* (1885) 10 App Cas 692, ove Lord Blackburn afferma: "The Englishmen in a province which had been [...] settled, were as free Englishmen, with as much privilege as those who remained in England. It is true that it is only the law of England as it was at that time that such settlers carry with them; subsequent legislation in England altering the law does not affect their rights unless it is expressly made to extend to the province or the colony. It is equally true that in all the books or dicta in which that rule is laid down there is always a qualification put upon it somewhat of this sort: the settlers who go out carry out the law so far as it is applicable to their new situation. That is a vague and general kind of phrase, but I think it has sound sense in it" (v. anche *Falkland Islands Company v Regina* (1863) 2 Moore NS 266, 15 E.R. 902, ove si legge "[...] the law prevailing in the Falkland Islands must be considered to be the Common law of England, modified only by such Statutes as apply to these Islands"; *Countess of Limerick v Earl of Limerick* (1863) 4 Sw. & Tr. 252, 164 E.R. 1512; e *Catterall v Catterall* (1847) 1 Rob. Eccl. 580, 163 E.R. 1142; *Mayor of Lyons v East India Company* [supra, nota 29], per Lord Brougham, a p. 271, 103: "[...] the subjects of the Crown carry with them the laws of England, there being, of course, no *lex loci*").

(35) *Australian Consolidated Press Ltd. v Thomas Uren* [1969] 1 AC 590, per Lord Morris of Borth-Gest: "There are doubtless advantages if within those parts of the Commonwealth (or indeed of the English-speaking world) where the law is built upon a common foundation development proceeds along similar lines. But development may gain its impetus from any one and not from one only of those parts. The law may be influenced from any one direction. The gain that uniformity of approach may yield is however far less marked in some branches of the law than in others. In trade between countries and nations the sphere where common acceptance of view is desirable may be wide. [...] But in matters which may considerably be of domestic or internal significance the need for uniformity is not compelling". Contrariamente si è espresso il Judicial Committee del Privy Council nella sentenza *Cooray v Queen* [1953] AC 407, affermando che quando in una colonia viene approvata una legge seguendo il modello di un Act inglese, ed impiegando la medesima terminologia, alle espressioni utilizzate deve essere attribuito lo stesso significato che esse assumono in Inghilterra.

(36) *Rex v Vaughan* (1769) 4 Bur. 2494, 98 E.R. 308, per Lord Mansfield, a p. 2500, 311: "No Act of Parliament made after a colony is planted, is construed to extend to it without express words shewing the intention of the Legislature to be "that it should"".

In generale opera una presunzione in base alla quale le leggi approvate dal Parlamento del Regno Unito si applicano all'intero Regno (Inghilterra, Galles, Scozia e Irlanda del Nord), ma non ad altri territori nei cui confronti esso ha potestà normativa, salvo che non vi sia un'espressa previsione in tal senso ed il consenso del Governo interessato (F.A.R. Bennion, *Statutory Interpretation*, III ed., Londra, 1997, pp. 252-256; Halsbury's, *Laws of England*, IV ed., Londra, 1983, vol. 44, pp. 576-578).

Saggi

plicazioni extra-territoriali in relazione alle quali le colonie non hanno potestà normativa; oppure che sia necessario, per esigenze di politica estera del Regno Unito, che le norme vigenti nelle colonie su di una certa materia siano uniformi; oppure, ancora, che sia opportuno che questioni giurisdizionali o amministrative vengano disciplinate a condizione di reciprocità tra le colonie, ovvero tra le colonie e la madrepatria. Tra queste ultime rientra, per quanto rileva in questa sede, il Bankruptcy Act del 1914, il quale impone una cooperazione in materia fallimentare tra le autorità giudiziarie inglesi e dei Paesi membri del Commonwealth, nonché tra quelle di questi ultimi⁽³⁷⁾.

Dal punto di vista storico, molte colonie britanniche hanno conquistato l'indipendenza dalla madrepatria; dal punto di vista giuridico, ciò è stato possibile attraverso l'emanazione, di volta in volta, di un'apposita legge (il c.d. Independence Act) contenente, tra le altre⁽³⁸⁾, due disposizioni fondamentali. La prima, infatti, stabilisce che a partire da una certa data ivi indicata (c.d. *independence day*), il Governo di Sua Maestà non ha più alcuna responsabilità per, o verso, il neo territorio indipendente; la seconda, invece, esclude che qualsiasi legge che il Parlamento di Londra approvi dopo quella data possa ivi essere applicata, salvo il caso in cui il Parlamento dell'ex colonia ne abbia fatto apposita richiesta e ciò sia chiaramente trasposto nel dettato della normativa.

Normalmente, inoltre, in allegato all'Independence Act si trovano disposizioni, simili a quelle contenute nello Statute of Westminster 1931⁽³⁹⁾, in virtù delle quali né il Colonial Laws Validity Act 1865, né il principio della ripugnanza, né quello relativo all'incompetenza legislativa extra-territoriale della colonia, né, ancora, le norme imperiali introducenti una riserva a favore della Corona per alcune materie, avranno più vigore entro i confini del nuovo stato indipendente.

Norme sull'applicazione del diritto inglese nel nuovo territorio indipendente non sono di solito previste, se non quando esso, modificando il proprio *status*, abbia cessato di far parte dei domini di Sua Maestà⁽⁴⁰⁾, pur restando all'interno del Commonwealth. In questo caso, infatti, è consuetudine l'approvazione di norme che regolino gli effetti (anche per l'aspetto della durata) che il diritto, in vigore in quel momento, manterrà sulle persone e cose appartenenti, o comunque connesse, a detto Stato: fin quando duri l'i-

nerzia del legislatore locale, pertanto, la vita giuridica al suo interno sarà regolata secondo le norme dell'ex madrepatria.

§ 4. La cooperazione tra magistrati di diversi ordinamenti in virtù delle disposizioni coloniali imperiali.

Come si è già anticipato, la sentenza pronunciata dal Privy Council, oggetto delle presenti note, si segnala in particolare per la collaborazione che è intercorsa tra i giudici di Bahamas e Cayman Islands. Tale cooperazione ha trovato la propria giustificazione

Note:

(37) Sul reciproco riconoscimento dei provvedimenti in materia fallimentare e la cooperazione internazionale v. Halsbury's, Laws of England, IV ed., Londra, 1973, vol. 3, p. 538 s.

(38) Norme sulla nazionalità e la cittadinanza degli abitanti dell'ex colonia; sull'interpretazione che in futuro dovrà essere data alle leggi inglesi; emendamenti che consentano l'applicazione nel territorio indipendente delle leggi inglesi di disciplina delle forze dell'esercito, della marina e dell'aviazione; il riconoscimento di privilegi ed immunità ai rappresentanti del nuovo membro del Commonwealth, eccetera.

(39) Approvata con particolare riferimento ai Domini di Canada, Australia, Nuova Zelanda, Unione del Sud Africa, Irlanda e Newfoundland, la legge, nella sua parte più generale stabilisce: "2. (1) The Colonial Laws Validity Act, 1865, shall not apply to any law made after the commencement of this Act by the Parliament of a Dominion.

(2) No law and no provision of any law made after the commencement of this Act by the Parliament of a Dominion shall be void or inoperative on the ground that it is repugnant to the Law of England, or to the provisions of any existing or future Act of Parliament of the United Kingdom, or to any order, rule or regulation made under any such Act, and the powers of the Parliament of a Dominion shall include the power to repeal or amend any such Act, order, rule or regulation in so far as the same is part of the law of the Dominion.

3. It is hereby declared and enacted that the Parliament of a Dominion has full power to make laws having extra-territorial operation.

No Act of Parliament of the United Kingdom passed after the commencement of this Act shall extend, or be deemed to extend, to a Dominion as part of the law of that Dominion, unless it is expressly declared in that Act that that Dominion has requested, and consented to, the enactment thereof".

Il testo completo della legge può essere consultato in A. V. Dicey, Introduction to the Study of the Law of the Constitution [*supra*, nota 19], pp. 631-633. Per un commento, invece, si v. O. H. Phillips, Constitutional and Administrative Law [*supra*, nota 19], pp. 779-787, il quale peraltro, a p. 784, trattando della *sect.* 4 precisa che si può presumere che il Parlamento del Regno Unito non legiferasse per i Domini senza il loro consenso anche prima del 1931.

(40) Una delle più immediate conseguenze dell'indipendenza è il fatto che il Consiglio Privato di Sua Maestà (Her Majesty's Privy Council) perde ogni competenza sulle questioni giuridiche sorte nella ex colonia. Tuttavia, il legislatore locale può attribuire la giurisdizione sugli appelli avverso le sentenze di primo grado al Judicial Committee del Privy Council: i ricorsi, quindi, non saranno più indirizzati alla persona di Sua Maestà per il tramite del suo Consiglio Privato, bensì direttamente a questo Committee, il quale, tra l'altro, si pronuncerà nelle forme ordinarie proprie di qualsiasi giudice, e non attraverso un "parere" (*advice*) al Sovrano, come accadeva precedentemente la conquista dell'indipendenza.

normativa, da un lato, in una legge imperiale approvata dal Parlamento di Westminster con la finalità di divenire diritto proprio delle colonie inglesi (il Bankruptcy Act del 1914), e, dall'altro lato, nella disciplina fallimentare emanata dal legislatore dei due ordinamenti.

Il Bankruptcy Act del 1914, alla *sect.* 122 (ripetendo l'identica formulazione della legge del 1883, più ampia rispetto a quella emanata nel 1869), prevede espressamente che tutti i giudici inglesi, o più in generale britannici, che abbiano competenza in materia fallimentare, ovunque svolgano la propria funzione, debbano prestarsi reciproca collaborazione ed assistenza: la richiesta d'aiuto inoltrata da un giudice all'altro, infatti, è di per sé sufficiente a far sì che il secondo possa esercitare, in relazione al contenuto della richiesta medesima, tutti i poteri suoi propri o propri del richiedente, come se l'evento si fosse verificato nell'ambito della propria giurisdizione(41).

In quanto normativa imperiale, la disposizione ha avuto automatica efficacia anche nell'ordinamento di Bahamas, ove peraltro la locale legge fallimentare del 1870 (ancora oggi in vigore) non prevede nulla di simile. Né tale efficacia è venuta meno con la conquista dell'indipendenza: uno specifico documento del Parlamento locale ("Acts of the United Kingdom Parliament applying in or affecting the Bahamas otherwise than by virtue of an enactment of the Legislature of the Bahamas"), infatti, ha inserito il Bankruptcy Act del 1914 tra le leggi inglesi che avrebbero continuato a produrre i loro effetti nelle isole anche dopo quel momento.

La storia della legislazione delle Isole Cayman, invece, è più articolata poiché per lungo tempo esse furono amministrate come una dipendenza della Giamaica: dunque, è necessario tenere conto anche della legislazione ivi vigente.

La Jamaican Bankruptcy Law del 1871, in particolare, prevedeva un obbligo di cooperazione tra giudici (aventi competenza in materia fallimentare, ed indipendentemente dal tribunale di appartenenza), in una norma, avente un'efficacia extraterritoriale limitata ai territori da essa dipendenti, molto simile a quella contenuta nel Bankruptcy Act inglese del 1869. La Grand Court delle Cayman, tuttavia, ottenne il riconoscimento di una giurisdizione fallimentare solamente nel 1894: la legge per mezzo della quale ciò fu reso possibile prevedeva al contempo l'estensione al territorio ed ai giudici caymani dell'ap-

plicabilità e degli effetti di tutte le disposizioni vigenti in materia in Giamaica.

La Giamaica divenne Stato indipendente nel 1962, mentre le Cayman scelsero di restare una colonia inglese: le costituzioni che vennero successivamente adottate dalle Isole si caratterizzarono tutte per la finalità di mantenere inalterato il *corpus* normativo esistente, salvi alcuni necessari adattamenti. In prospettiva della conquista dell'indipendenza della Giamaica, per le Isole Cayman si profilò la necessità di dotarsi in anticipo di un corpo di leggi proprie: questo fu lo scopo della Revised Edition (Laws of the Cayman Islands) Law 1960, con la quale si autorizzò il Governatore a nominare una Commissione con l'obiettivo di rivedere il complesso delle leggi vigenti e di stilare un elenco di quelle che sarebbero rimaste in vigore dopo il 1963.

I lavori della Commissione produssero tre volumi di leggi: il diritto fallimentare, per quanto specificamente attiene alla cooperazione tra giudici, non subì alcuna variazione di rilievo rispetto alla formulazione giamaicana, ed ancora oggi è in vigore nella *sect.* 156 della [Cayman] Bankruptcy Law (1997 Revision)(42). L'articolo, d'altronde, contiene una norma molto simile a quella della *sect.* 122 del Bankruptcy Act inglese del 1914.

Il complesso di disposizioni considerate (e soprattutto la legislazione coloniale imperiale) ha consentito, quindi, dapprima al giudice di Bahamas e poi a quello delle Cayman Islands, di realizzare una rete giudiziaria di collaborazione onde permettere al trustee bahamense, curatore del fallimento, di dichiara-

Note:

(41) Questo il testo della norma: "The High Court, the county courts, the courts having jurisdiction in bankruptcy in Scotland and Ireland, and every British court elsewhere having jurisdiction in bankruptcy or insolvency, and the officers of those courts respectively, shall severally act in aid of and be auxiliary to each other in all matters of bankruptcy, and an order of the court seeking aid, with a request to another of the said courts, shall be deemed sufficient to enable the latter court to exercise, in regard to the matters directed by the order, such jurisdiction as either the court which made the request or the court to which the request is made, could exercise in regard to similar matters within their respective jurisdictions".

(42) Questo il testo della norma: "All the Courts in bankruptcy and the officers of such Courts, shall act in aid of and be auxiliary to each other in all matters of bankruptcy and any order of any one Court in a proceeding in bankruptcy may, on application to another Court, be made an order of such other Court, and be carried into effect accordingly. An order of any Court in bankruptcy seeking aid, together with a request to another of the said Courts, shall be deemed sufficient to enable the latter Court to exercise in regard to the matters directed by such Order, the like jurisdiction which the Court which made the request, as well as the Court to which the request is made, could exercise in regard to similar matters within their respective jurisdictions".

S a g g i

re la nullità di una serie di atti di disposizione patrimoniale compiuti in passato dallo sceicco arabo, e, in definitiva, di accrescere la massa fallimentare a beneficio dei creditori.

In effetti, se indiscussa è stata la legittimità della richiesta avanzata dal giudice di Bahamas (ove la *sect. 122* della legge inglese è tuttora vigente), la sentenza del Privy Council si segnala per le motivazioni legate allo stato del diritto delle Isole Cayman e poste alla base del respingimento del ricorso. Accolto il primo motivo, fondato su di una errata interpretazione, data dal giudice di primo grado, della *sect. 156* della [Cayman] Bankruptcy Law (1997 Revision)(43), la conferma del provvedimento è infatti basata interamente sulla *sect. 122* del Bankruptcy Act inglese. La norma, che in madrepatria è stata abrogata e sostituita con altra di più ampia portata (ma con efficacia limitata alla sola Inghilterra), non ha invece perso di vigore nelle colonie e, quindi, nelle Isole calmane, ed è sulla sua base che il Privy Council ha appunto potuto dichiarare il provvedimento impugnato come legittimamente adottato.

Concludendo, quindi, il rilievo della pronuncia del Consiglio Privato della Corona risiede nell'aver accertato l'esistenza di obblighi di cooperazione tra giudici di ordinamenti che tuttora gravitano, o hanno gravitato, attorno all'Impero coloniale britannico, in modo tale da assicurare, come nella concreta fattispecie, ai creditori del disponente di un trust che abbia agito fraudolentemente (e nei cui confronti sia intervenuta una dichiarazione di fallimento) di ottenere l'annullamento degli atti da questi compiuti e conseguentemente, di avere a propria disposizione un più ampio asse sul quale soddisfarsi.

.....
Nota:

(43) Tale norma, infatti, contiene un generico e plurale riferimento a "all the Courts in bankruptcy", causando quindi un problema di natura interpretativa legato alla circostanza che nelle Isole una sola è la corte avente competenza fallimentare. Il Consiglio Privato, ripercorrendo le motivazioni e le finalità che nei primi anni sessanta guidarono il lavoro della Commissione, pone in evidenza come il dubbio interpretativo sia stato il frutto di una svista della stessa Commissione e che, di conseguenza, la *section* in questione attualmente non debba essere considerata come produttiva di effetti pratici.

“Sham trust”: richiesta di istruzioni alla Corte da parte dei trustee in merito al riconoscimento a Jersey di una sentenza inglese che dichiara che un trust è “sham”

di Igor Valas

SOMMARIO: § 1. Premesse. – § 2. La sentenza inglese *Minwalla v Minwalla and DM investments SA, Midfield Management SA and CI Law Trustees Ltd.*: i fatti. – § 2.1. (*Segue*). I fatti salienti in merito al trust emersi in corso di causa. – § 2.2. La decisione di Singer J. – § 3. La sentenza di Jersey: i passaggi fondamentali. – § 3.1. (*Segue*). In punto riconoscibilità della sentenza inglese. – § 3.2. (*Segue*) Il diritto degli altri beneficiari e la responsabilità dei trustee. – § 4. Conclusioni.

§ 1. Premesse.

La sentenza in commento trae origine dal ricorso promosso dalla CI Law Trustees Ltd. e dalla Folio Trust Company Ltd., quali trustee di un trust di Jersey denominato Fountain Trust (di seguito, solo “FT”), i quali chiedono alla Corte istruzioni in merito al comportamento da tenere nei confronti di una sentenza della High Court of Justice inglese, Sezione Famiglia, che, nell’ambito del procedimento tra due coniugi, D. C. Minwalla e M. R. Minwalla, instaurato dalla moglie, dichiara *sham* il trust FT di Jersey ed ordina ai trustee di trasferire alla moglie M. R. (di seguito, solo “moglie”) i beni in trust.

In tale giudizio il Bailiff ha autorizzato l’intervento, oltre che ovviamente del marito D. C. Minwalla (di seguito, solo “marito”), di tre dei figli di questi, quali beneficiari del trust, uno dei quali minore e pertanto rappresentato da un avvocato, della Standard Chartered (Jersey) Limited, creditrice con *mortgage* su di un bene in trust, nonché dell’Attorney General in rappresentanza del Governo del Pakistan.

A questi ultimi due, peraltro, fatti salvi ed imprejudicati i loro diritti, è stato chiesto dal Giudice di non partecipare attivamente al dibattito, così come parimenti è stato richiesto ai trustee; non sono inve-

ce state accolte le richieste di intervento di altri personaggi che asserivano essere creditori di una o più società comprese nel fondo del trust.

§ 2. La sentenza inglese: *Minwalla v Minwalla and DM investments SA, Midfield Management SA and CI Law Trustees Ltd.*(1): i fatti.

Il procedimento avanti alla Corte inglese inizia nel gennaio 2004 allorquando, in via preventiva e cautelare, la moglie ricorre alla Corte inglese ed ottiene un sequestro cautelare su tutti i beni, ovunque situati, del marito. Nel febbraio 2004 inizia così la causa di merito avanti a Singer J che conferma innanzitutto il sequestro. Con tale causa la moglie chiedeva sostanzialmente che il trust fosse dichiarato *sham* e che pertanto venisse dichiarato che i beni del fondo in trust, le società DM Investments SA (di seguito, solo “DM”) e Midfield Management (di seguito, solo “MM”), nonché ulteriormente i beni da queste posseduti erano di piena ed esclusiva proprietà del marito e così che gli stessi venissero assegnati in piena proprietà alla moglie.

Fattore importante, anche soprattutto ai fini della causa avanti alla Corte di Jersey, come si vedrà *infra*, è che parti di questa causa sono state il marito, che ha scelto di non presenziare né di essere rappresentato, la DM, la MM e la CI Law Trustees Ltd. in qualità di trustee del FT, i quali tutti si sono costituiti solo in merito ai costi ad essi relativi, ma senza in

Note:

Igor Valas è avvocato in Torino.

(1) *Minwalla v Minwalla and DM investments SA, Midfield Management SA and CI Law Trustees Ltd.*, *infra*, 273.

S a g g i

alcun modo partecipare attivamente al merito della causa.

Per meglio comprendere la decisione di Singer J è necessario richiamare brevemente i fatti sostanziali di causa, tenendo a mente che un fattore determinante per la decisione è stata la totale non cooperazione del marito, ciò in merito non solo alla totale mancata *disclosure* da parte sua delle informazioni richieste dalla moglie, ma addirittura alla falsità di svariate affermazioni e dichiarazioni di questi alla moglie ed al Giudice; le notizie ed i fatti tutti prodotti come prove sono così derivati da dispendiosa ed alacre attività investigativa intrapresa dalla moglie, da un'udienza avanti alla Corte di Jersey e da varie richieste di esibizione del Giudice stesso.

La moglie premetteva di aver iniziato una relazione con il marito nel 1986, allorquando quest'ultimo era ancora sposato con la sua terza moglie. Nonostante ciò, nel corso della relazione, la moglie ha avuto con il Minwalla due figli. Sin dal 1986 il marito ha provveduto interamente ai costi di mantenimento della moglie e poi dei figli provvedendo anche all'acquisto di un appartamento attraverso la DM, società panamense all'epoca direttamente ed interamente posseduta dal marito.

Nel 1992 il marito divorziava dalla sua terza moglie e nel 1995 si sposava con rito civile con l'odierna ricorrente, peraltro già precedentemente da questi sposata per ben due volte con riti non riconosciuti. Nel 1998 il marito istituiva il trust di Jersey denominato FT nel quale confluivano immediatamente le quote della DM. Nel 2000, a seguito della decisione di acquistare una nuova casa coniugale, la DM vendeva il primo appartamento ed il ricavato di questo veniva prestato a FT. Con tali soldi, unitamente ad un prestito della Standard Chartered Bank di Jersey, garantito da *mortgage* sull'appartamento e dall'impegno di restituzione dello stesso da parte di DM, FT acquistava la totalità delle quote della MM, altra società panamense il cui unico bene era costituito dal nuovo appartamento in Londra che i coniugi intendevano acquistare; l'acquisto della società, anziché direttamente dell'appartamento, avveniva esclusivamente per ovvi motivi fiscali, come riconosciuto ed espressamente convenuto da Singer J.

Sin dal 1986 il marito ha provveduto a sostenere i costi di mantenimento della famiglia, che tuttavia formalmente erano sempre pagati dalla DM la quale, oltretutto, rimetteva anche un assegno mensile direttamente alla moglie.

Il tenore di vita era decisamente elevato e comprendeva aspetti indubbiamente internazionali con case ed appartamenti in più parti del mondo, il tutto portato dall'attività del marito che, oltre ad avere un albergo di famiglia a Karachi e numerose altre attività, è stato Ambasciatore del Pakistan dal 1988 al 2001.

Nel 2003 interviene la rottura nel rapporto tra i coniugi, peraltro cagionata da un'addotta infedeltà della moglie, che porta il marito ad allontanarsi dall'appartamento coniugale e, soprattutto, a mettere in opera svariate attività volte a far venire meno il mantenimento ed i privilegi della moglie.

§ 2.1. (Segue). I fatti salienti in merito al trust emersi in corso di causa.

Occorre innanzitutto far rilevare che ha avuto un certo peso, in negativo per la propria posizione, la decisione per il marito di non partecipare al processo nonché l'aver risposto in maniera del tutto evasiva e mendace al questionario inviatogli dalla moglie a seguito del primo sequestro conservativo; il marito, infatti, al primo ordine del Giudice, in sede di sequestro, di rendere, nei sette giorni dalla richiesta, un *affidavit* che evidenziasse tutti i suoi beni, si limitava a rimettere una lista ben dettagliata dei costi e responsabilità che a lui facevano capo, mentre negava di avere un qualsiasi diritto quale beneficiario od altro diritto in relazione al FT, a DM ed a MM.

Tale assunto era del tutto falso in quanto, come diversamente emerso a seguito di due giorni di udienza avanti la Corte di Jersey, richiesta dalla moglie al fine di avere maggiori informazioni in merito alle vicende di FT, era stato dichiarato dal trustee, direttore anche di DM e MM, che queste erano il *personal fiefdom* (dominio feudale personale, arcaico) del marito.

I documenti prodotti e le dichiarazioni rese dalle parti intime in tale procedimento sono stati essenziali ai fini della decisione nella causa inglese.

In corso di causa, infatti, veniva così provato che il marito, tra l'altro in totale spregio del sequestro conservativo intimatogli, aveva direttamente e personalmente provveduto ad aprire un nuovo conto corrente bancario di DM sul quale aveva disposto il trasferimento di cospicui fondi di quest'ultima; aveva direttamente e personalmente richiesto alla Standard Chartered Ltd. di non inviare più alcuna corrispondenza all'indirizzo precedente (ovvero all'appar-

tamento coniugale); aveva tentato di richiedere un ingente prestito, a favore del proprio albergo di Karachi, garantito con l'appartamento posseduto da MM, prestito peraltro negato perché nelle more la moglie aveva registrato su detto appartamento il proprio diritto di occupazione.

Veniva inoltre provato che nel 2001 DM aveva stipulato ben tre contratti per i quali avrebbe ricevuto ingenti somme inequivocabilmente dovute direttamente al marito per alcune attività proprie di questi, contratti per i quali tuttavia nemmeno il trustee stesso aveva notizie precise e particolareggiate.

Sono state altresì fornite in corso di causa le minute di diversi incontri tra il marito e propri consulenti, dai quali risultava che questi aveva provveduto a costituire nuove società nelle quali far transitare i proventi delle proprie attività diversamente che tramite DM, della quale, a detta del marito, ormai troppe persone avevano conoscenza.

Nel gennaio 2004, inoltre, nello stesso giorno nel quale veniva emesso il sequestro conservativo su tutti i beni del marito, quest'ultimo istruiva la Standard Chartered Ltd. di rimettere tutti gli investimenti tenuti su due conti di DM ad un altro istituto bancario. La Standard Chartered si rifiutava di far ciò in forza del sequestro conservativo e veniva così indirizzata alla banca una lettera da parte del trustee, che riferiva che i beni della DM non erano stati toccati dal sequestro in quanto il marito non aveva alcun diritto nei confronti del FT o di DM o MM e non era un beneficiario del FT. Non avendo alcun seguito, tale lettera veniva reiterata e la banca rispondeva che le sembrava alquanto strano che il marito non avesse alcun diritto nei confronti del FT o di DM o MM, visto che nell'ordine di sequestro venivano espressamente indicate sia le società che il trust.

La Standard Chartered Ltd. possedeva inoltre una lettera di richiesta di apertura di conto corrente del 2002, nella quale il trustee espressamente indicava che il marito era il disponente ed il beneficiario principale del trust e che qualsiasi cambiamento del principale beneficiario sarebbe stato loro immediatamente notificato.

Risultava poi agli atti che solo nel maggio 2004, anche in tal caso, combinazione, pochi giorni prima dell'udienza avanti a Singer J, era stato eseguito un atto di nomina in merito al FT, che individuava unici beneficiari dello stesso FT i quattro figli del marito.

A seguito di una richiesta del Giudice, infine, il

trustee produceva due *letter of wishes* entrambe recanti la stessa data del settembre 2002, ma con previsioni nettamente diverse. Nella prima, infatti, è espressamente previsto che per tutta la vita del marito, questi sia il principale beneficiario del trust e che successivamente alla sua morte sua moglie debba necessariamente essere consultata in merito agli investimenti da effettuarsi ed alla distribuzione del fondo in trust; che successivamente poi alla morte del marito, comunque, un terzo del fondo in trust sarebbe appartenuto assolutamente ed esclusivamente alla moglie e che alla stessa sarebbe stato riconosciuto il diritto di occupare qualsiasi proprietà nella quale fosse risultata residente alla data della morte del marito; gli altri due terzi del fondo in trust sarebbero invece stati assegnati ai quattro figli del marito.

La seconda, invece, non recava alcun riferimento al marito e prevedeva solo che alla morte di questi il fondo in trust sarebbe andato ai figli dello stesso.

Non veniva prodotta una terza lettera che indicasse quale delle due dovesse prevalere o, quantomeno, a quale delle due il trustee dovesse riferirsi nell'ambito dei propri poteri discrezionali.

Da tale situazione il procuratore della moglie ha argomentato che era ben evidente l'intento disonesto di scegliere quale lettera adoperare a seconda delle circostanze del caso.

§ 2.2. La decisione di Singer J.

Su richiamo del procuratore della moglie, Singer J cita brevemente la causa *Snook v London and West Riding Investments Ltd.*(2), nella quale il Giudice della stessa statuisce e conclude che, affinché un documento od una obbligazione siano ritenute *sham*, è necessario che tutte le parti che vi hanno dato luogo siano state spinte dalla comune intenzione che con detti documenti non intendevano creare i diritti o le obbligazioni legali che invece gli stessi apparentemente sembravano creare.

Rilevava tuttavia Singer J che in una causa più recente, *Midland Bank plc v Wyatt*(3), il Giudice della stessa avesse deciso di non aderire alla formulazione di cui sopra nella causa *Snook v London* ritenendo che un accordo *sham* fosse sempre *sham* e così non so-

Note:

(2) *Snook v London and West Riding Investments Ltd.*, *infra*, 286.

(3) *Midland Bank plc v Wyatt*, in questa Rivista, 2003, 299.

Saggi

lo quando vi fosse l'intento comune di tutte le parti, ma anche solo quando una delle parti coinvolte vi avesse dato luogo senza sapere o senza essere consapevole o solo disinteressandosi di cosa stava sottoscrivendo o di cosa stava ponendo in essere.

Ricostruzione analoga si poteva evincere dalla causa *Hitch v Stone (Inspector of taxes)*(4). Da ultimo e direttamente in materia di trust, Singer J cita una frase di un manuale in materia di trust scritto nel 2004 da Stuart Pryke(5), membro del Bar specialistico in trust, dal quale si evince chiaramente la massima di *Midland Bank plc v Wyatt*.

Singer J pertanto dichiarava espressamente di aderire ai principî di cui sopra e così analizzava le prove rinvenute: unici beni del fondo in trust erano le quote in DM e MM; era evidente che il marito aveva sempre trattato i conti bancari di DM come se fossero i suoi e così aveva spostato somme da DM a MM senza che ci fosse alcun rapporto tra le stesse che lo giustificasse; aveva trasferito delle somme dai conti della DM a nuovi conti da lui personalmente accesi; aveva intenzione di far cessare DM solo perché troppa gente ormai ne era a conoscenza; MM era stato meramente un veicolo per l'acquisto parzialmente defiscalizzato dell'appartamento da questa posseduto; il trustee era del tutto ignaro di ben tre contratti per rilevanti somme per i quali DM avrebbe dovuto ricevere ingenti pagamenti annuali (per attività del marito); da ultimo, ma non per importanza, il trustee stesso aveva espressamente ammesso che il marito trattava DM come suo *personal fiefdom*.

Da tale disamina Singer J, pertanto, concludeva decidendo che il marito "non aveva mai avuto la benché minima intenzione di rispettare nemmeno le formalità del trust e delle strutture societarie che erano state allestite sotto le sue direttive. Il suo scopo era unicamente quello di allestire uno schermo per coprire le proprie risorse da richieste di terzi o da inchieste o investigazioni indesiderate"(6).

I trustee peraltro erano consci dello *sham*, quantomeno perché avevano assecondato in tutto le intenzioni del marito e non avevano mai ed in alcun modo tentato di tenerlo a freno.

Da tale ultima considerazione derivava che i beni in trust, e cioè le quote in DM e in MM, dovevano ritenersi interamente ed assolutamente trasferite in proprietà al marito quale loro unico ed assoluto proprietario.

Per quanto poi attiene a DM, Singer J rilevava che i trustee nemmeno erano stati in grado di rico-

struire l'attività della stessa in quanto carenti delle informazioni necessarie, possedute solo dal marito; la documentazione e le prove prodotte dalla moglie evidenziavano poi come la stessa DM avesse in essere i contratti già sopra richiamati per i quali vi erano ingenti somme in pagamento (che il Giudice tuttavia dubitava sarebbero state pagate in quanto molto probabilmente dirottate sulle nuove società costituite dal marito).

Tralasciando ulteriori considerazioni in merito alla fortuna complessiva del marito, alle altre società da questi possedute e quant'altro non prettamente in materia di trust, Singer J pertanto conclude ordinando che le quote di DM vengano immediatamente trasferite in capo alla moglie; il Giudice, inoltre, auspica che le somme dovute alla DM e congelate a seguito del sequestro vengano immediatamente liberate al momento dell'intestazione in capo alla moglie; da ultimo viene auspicato che la seconda banca, alla quale sono state indebitamente trasferite dal marito alcune somme di pertinenza della DM, provveda a recuperare le dette dalle successive banche alle quali sono poi state indebitamente trasferite, ciò ovviamente a mezzo dell'istituto del *tracing* in quanto somme di proprietà di un trust indebitamente da questo distolte.

Per quanto infine attiene a MM, era agli atti una lettera del marito ai trustee del 2002 che espressamente riferiva l'acquisto essere dettato esclusivamente per la proprietà dell'appartamento, rivendicata nella stessa lettera dal marito personalmente.

In merito a MM, pertanto, Singer J statuisce che le quote della stessa vengano immediatamente trasferite in capo alla moglie e che l'appartamento in Londra posseduto da MM a semplice richiesta sia trasferito in capo alla moglie. Sono altresì trasferiti in capo alla moglie tutti i diritti in merito ai mobili e quant'altro compreso nell'appartamento di MM.

Occorre rilevare che, oltre alle svariate pendenze

Note:

(4) *Hitch v Stone (Inspector of taxes)* (2001) EWCA Civ 63, (2001) STC 214.

(5) Consultabile sul sito internet di "Oldsquare" all'indirizzo http://www.11oldsquare.co.uk/articles/docs/sham_trusts.pdf.

(6) *Minwalla v Minwalla and DM investments SA, Midfield Management SA and CI Law Trustees Ltd.* [supra, nota 1], § 57: "[...] He never had the slightest intention of respecting even the formalities of the trust and corporate structures that had been set up at his directions. His purpose was only to set up a screen to shield his resources from other claims or unwelcome scrutiny and investigation".

in merito ai beni in trust che vengono articolatamente poste a carico del marito con sentenze anche traslative di diritti propri delle parti in causa, Singer J non si limita a dichiarare *sham* il trust, ma si spinge anche a dichiarare gli effetti costitutivi di questa prima decisione: una volta dichiarato che il trust è *sham* e che pertanto i beni in trust appartengono e sono sempre appartenuti al marito, ordina ai trustee, comunque pur sempre intestatari degli stessi, di voler curare che detti beni siano trasferiti dal marito alla moglie e così di trasferire in capo alla moglie, dichiarando sin da ora e tra le righe parimenti *sham* MM, direttamente la proprietà dell'immobile, e non delle sole quote della società che lo possiede, immediatamente in capo a questa, a sua semplice richiesta.

§ 3. La sentenza di Jersey: i passaggi fondamentali.

Come anticipato nelle premesse, una volta emessa la sentenza di cui sopra, la CI Law Trustees Ltd. e la Folio Trust Company Ltd., quali trustee di FT, ricorrono alla Corte di Jersey per chiedere istruzioni in merito al comportamento da tenere nei confronti di detta sentenza, visto che in definitiva gli ordini tutti in essa riportati riguardano immediatamente i trustee stessi.

Innanzitutto il Giudice inizia a rilevare come i motivi salienti indicati nel ricorso avanti alla Corte inglese ed accettati da Singer J siano parimenti degni di tutela a Jersey; in particolare, in una situazione quale quella presentatasi ove è evidente che erano stati posti in essere vari schermi giuridici esclusivamente volti a negare od impedire le legittime richieste ed investigazioni della moglie sulla base di legittime richieste di divisione patrimoniale in sede di divorzio, schemi giuridici esclusivamente predestinati a togliere dalla vista le risorse economiche del marito, è del tutto valido ed efficace, ed i trustee non se ne devono stupire, che il Giudice sia autorizzato a vedere oltre al fumo, a mettere da parte tutta la struttura giuridica così creata e pertanto a ritenere che le risorse finanziarie siano sempre state tutte di piena proprietà del marito.

Tale precisazione è importante innanzitutto in quanto la meritevolezza e tutelabilità dei diritti principali quesiti è di per sé un valido motivo affinché la Corte di Jersey possa essere giurisdizionalmente legittimata ad iniziare a prendere in considerazione quan-

to accaduto in una Corte che non sia di Jersey, in merito ad un trust invece regolato dalla legge di questa.

§ 3.1. (Segue). In punto riconoscibilità della sentenza inglese.

Il Giudice analizza inizialmente le richieste svolte in diritto dall'avvocato della moglie.

Escluso *prima facie* che la sentenza inglese sia riconoscibile a Jersey sulla base della Judgement (Reciprocal Enforcement) Jersey Law 1960, in quanto detta sentenza non è suscettibile di esecuzione alla stregua di un mero ordine di pagamento pecuniario, ma pone dei precisi obblighi di fare ai trustee, il Giudice si sofferma sul principio residuale richiesto, ovvero l'applicazione della *doctrine of comity*.

Senza alcuna presunzione di esautività, occorre rilevare che la *doctrine of comity* è un principio informale di diritto internazionale riconosciuto storicamente nei paesi di *common law* per il quale le nazioni estendono, per mera cortesia e rispetto dei reciproci rapporti internazionali, il riconoscimento, la validità e l'esecuzione nel loro territorio di atti legislativi o giudiziali dell'altra Nazione. Non è né un concetto assoluto obbligatorio né solo di mera cortesia, ma di mera convenienza nell'ambito dei rapporti internazionali(7).

Come rilevato in una precedente sentenza richiamata dal Giudice di Jersey, *Lane v Lane*(8), la Corte, in tal caso, richiesta di dare applicazione ed esecuzione ad una sentenza inglese in merito ad una proprietà situata a Jersey, non appellata, aveva statuito di potervi dar esecuzione sulla base della *doctrine of comity*, purché fosse chiaro ed evidente che al resistente erano state concesse tutte le opportunità di formulare, nel pieno contraddittorio delle parti, tutte le proprie difese ed eccezioni.

La *doctrine of comity* si basa sul principio di *équité*

Note:

(7) Si veda, in merito, la definizione consultabile sul sito Internet di "Wikipedia" all'indirizzo <http://en.wikipedia.org/wiki/Comity>, e quella nella causa *Disconto Gesellschaft v Umbreit*, 208 U.S. 570 (1908) 208 U.S. 570: "Comity, in the legal sense," says Mr. Justice Gray, speaking for this court in *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113, 163, 40 S. L. ed. 95, 108, 16 Sup. Ct. Rep. 139, 143, "is neither a matter of absolute obligation on the one hand nor of mere courtesy and good will upon the other. But it is the recognition which one nation allows within its territory to the legislative, executive, or judicial acts of another nation, having due regard both to international duty and convenience, and to the rights of its own citizens or of other persons who are under the protection of its laws".

(8) *Lane v Lane* (1985-1986), JLR 48.

S a g g i

che è simile, ma più ampio, al principio di *equity* inglese e altro non significa che un ritorno al principio del diritto naturale avverso la rigidità delle disposizioni di legge, laddove il rigore delle previsioni di legge viene mitigato allorquando ciò sembri opportuno per attenuare l'efficacia di elementi fattuali che, seppur previsti per legge, sono evidentemente contrari alla legge stessa ed alle intenzioni del legislatore.

Lo stesso principio è stato applicato, successivamente alla sentenza *Lane v Lane*, nella causa *Compass Trustees Ltd v McBarnett*(9), laddove il solo bene del trust in oggetto era la casa coniugale in Inghilterra ed il trust ineriva ad un accordo post-matrimoniale suscettibile di essere modificato ai sensi della Matrimonial Causes Act 1973 e che, per render giustizia alla moglie, era interesse della giustizia modificarlo in modo da far tenere a quest'ultima, che diversamente non avrebbe ricevuto alcunché, almeno un diritto sul capitale. La Corte inglese aveva riconosciuto che solo la Corte di Jersey avrebbe potuto modificare tale atto di trust e così infatti era avvenuto.

Premesso ciò, tuttavia, il Giudice rileva che l'atto di trust di FT espressamente richiama quale legge applicabile la legge di Jersey e che a Jersey vi è l'amministrazione di FT, del che se FT sia *sham* o meno doveva in ogni caso essere valutato e deciso dalla legge di Jersey.

Sul punto, pertanto, rilevando che Singer J ha tenuto da conto nella propria decisione delle sentenze richiamate *Snook v London and West Riding Investments Limited* e *Midland Bank plc v Wyatt* nonché *Hitch v Stone*, rileva altresì che questi non ha fatto alcun riferimento alla sentenza inglese nella causa *Shalson v Russo*(10) nella quale è stata citata e tenuta da conto, come se fosse di diritto inglese, la sentenza nella causa *Grupo Torras SA and another v Sheik Fahad Al Sabah and others*(11); ebbene, secondo quanto deciso in questa ultima sentenza che, si ribadisce, è stata tenuta da conto dal Giudice inglese come se fosse propria del diritto inglese stesso, la Corte di Jersey ha statuito che affinché un trust sia *sham* è necessario che sia il disponente che il trustee abbiano il comune elemento soggettivo a che l'atto di trust non crei i diritti e le obbligazioni legali che appare creare, mentre non è sufficiente che tale intento soggettivo esista solo in capo al disponente.

Tale decisione è stata di seguito ripresa nella causa *MacKinnon v Regent Trust Company Limited*(12) che è stata addirittura successivamente confermata dalla Corte d'Appello di Jersey(13).

È pertanto opinione del Giudice che Singer J abbia commesso un duplice errore nel decidere che il FT era *sham*; in primo luogo non doveva applicare la legge inglese, ma quella di Jersey; in secondo luogo avrebbe dovuto applicare le sopraccitate sentenze che, divenute ormai diritto inglese, rinnovavano quelle richiamate, almeno qualora aventi ad oggetto un trust di Jersey.

Il Giudice pertanto ribadisce che per la legge di Jersey un trust è *sham* solo se vi è il concomitante elemento soggettivo sia da parte del disponente che del trustee di porre in essere qualcosa di diverso dal trust che stanno effettivamente ponendo in essere. Il fatto poi che un trustee professionale di Jersey abbia dato luogo ad un trust *sham* ha delle ben precise e gravose implicazioni per il trustee professionale che, diversamente dall'Inghilterra, a Jersey è vincolato da precisi obblighi e doveri previsti per legge, dal che, nuovamente, decidere se un trust è *sham* o meno richiede una analisi accurata ed approfondita della legge specifica applicabile.

Il Giudice pertanto, statuendo che vi è una netta differenza tra il riconoscere un generico potere per legge di modificare le clausole di un trust, come ad esempio nell'ambito degli accordi pre o post-matrimoniali di cui al Matrimonial Causes Act 1973, e quello di decidere che un trust è *sham*, dichiara che in genere non vedrebbe di buon occhio il fatto che una giurisdizione straniera abbia dichiarato *sham* un trust di Jersey e che, normalmente, sarebbe del tutto riluttante a dare esecuzione e riconoscimento a detta sentenza.

Ciò nonostante, esaminando gli atti di causa, il Giudice riconosce che i trustee espressamente si sono rimessi alla giurisdizione inglese ed hanno partecipato al processo; se è pur vero che gli stessi si sono costituiti nel procedimento inglese solo ai fini delle loro spese, se è pur vero che nel ricorso loro notificato in tale procedimento non vi era menzione alcuna

Note:

(9) *Compass Trustees Ltd. as Trustees of the Eiger Trust v McBarnett and Others* (2002) JLR 321.

(10) *Shalson v Russo*, *infra*, 275.

(11) *Grupo Torras SA and another v Sheik Fahad Al Sabah and others* (2003) JLR 188 (cfr. come in *re Esteem Settlement*); in questa Rivista, 2004, 414.

(12) *MacKinnon v Regent Trust Company Limited* (2004) JLR 477.

(13) *MacKinnon v Regent Trust Company Limited*, *infra*, 268.

al termine *sham*, è parimenti evidente che era stato richiesto che il trust venisse dichiarato *sham* ed è parimenti vero che gli stessi non potevano non rendersi conto che quanto richiesto nell'ambito di tale processo rendeva plausibile che venisse emanato un ordine in qualche modo influente sullo stato del trust.

È proprio tale situazione, nonché il fatto che i trustee si siano rimessi alla giurisdizione inglese che, per la *doctrine of comity*, nel caso specifico fa ritenere al Giudice che tale sentenza inglese sia riconoscibile e così eseguibile a Jersey contro i trustee; ben diverso sarebbe stato il caso qualora i trustee avessero rifiutato la giurisdizione inglese, ma così non è avvenuto.

Il Giudice allo stesso modo risponde anche alle eccezioni del marito che si oppone al riconoscimento della sentenza a Jersey; questi infatti ha avuto tutte le occasioni per partecipare al processo avanti alla Corte inglese e deve accettare integralmente le conseguenze della scelta che ha fatto, ovvero di non parteciparvi.

Un breve discorso a parte invece merita la risposta che il Giudice dà in merito all'eccezione contraria all'ordine pubblico del riconoscimento della decisione inglese, come riportato in un passaggio nel volume sul conflitto di leggi di Dicey and Morris(14) e nella sentenza nella causa *in Re Rabaiotti (1989) Settlement*(15): il Giudice espressamente dichiara che sarebbe un esercizio esorbitante di giurisdizione per una Corte straniera modificare le condizioni di un trust di Jersey o addirittura dichiarare che questo è *sham*, tanto da configurare una causa di contrarietà all'ordine pubblico; non così tuttavia nel caso specifico dove si ricerca la giustizia in un procedimento matrimoniale nel quale il marito ha evidentemente disprezzato qualsiasi obbligazione legale e morale nei confronti della propria moglie. Anche in tal caso, questa decisione non può che essere ricondotta al principio di *équité* già richiamato.

§ 3.2. (Segue) Il diritto degli altri beneficiari e la responsabilità dei trustee.

Come già anticipato nelle premesse, al procedimento avanti alla Corte di Jersey hanno partecipato anche i figli del marito quali beneficiari del FT.

Il Giudice correttamente ha rilevato che gli stessi non hanno preso parte al procedimento inglese e che pertanto non era stata data loro l'opportunità di formulare nello stesso le proprie difese. Al processo in-

glese avevano tuttavia partecipato i trustee, rimettendosi alla giurisdizione inglese, dal che sarebbe stato preciso dovere di questi difendere i diritti dei beneficiari, incorrendo in eventuali responsabilità per *breach of trust* se così non hanno fatto. In ogni caso la causa oggi promossa avanti alla Corte di Jersey non riguardava se il trust fosse *sham* o meno, ma solo il riconoscimento a Jersey della sentenza già tra le parti intervenute.

Il Giudice comunque sembra aver dato poco peso ai documenti forniti in merito alle posizioni dei beneficiari; tra questi oltretutto compare una *letter of wishes*, stranamente rinvenuta solo successivamente alle richieste formulate ai trustee dal Giudice inglese ed a quest'ultimo mai fornita, che comunque è precedente all'atto di nomina dei figli del marito quali beneficiari ed alla quale nuovamente il Giudice sembra credere poco.

Di fatto, comunque, in applicazione ai principi ormai conosciuti di *équité*, il Giudice ritiene che non sarebbe una violazione del diritto sostanziale dei beneficiari riconoscere la sentenza inglese in loro pregiudizio, mentre sarebbe sì un affronto alla giustizia naturale preferire le richieste dei beneficiari a quelle della moglie.

§ 4. Conclusioni.

Sulla base di quanto sopraesposto, la Corte di Jersey ha pertanto dato pieno riconoscimento ed esecuzione alla sentenza inglese intervenuta tra le parti.

A parere dello scrivente, tuttavia, è indubbio che gran peso in questa decisione, come nel diniego delle eccezioni del marito, ha avuto il sostanziale riconoscimento da parte del Giudice che qualsiasi attività in merito al trust è stata compiuta dal marito allo scopo esclusivo di depauperare la moglie, la tutela dei cui diritti è ben radicata nell'ordinamento di Jersey tanto da prevalere in *équité* su quella degli atti formali diversamente compiuti.

Ben diversa sarebbe stata la situazione qualora il marito avesse tenuto un atteggiamento in genere più corretto e meno mendace.

Note:

(14) L. Collins (cur.), Dicey and Morris on the Conflict of Laws, XII ed., Londra, 2002, vol. 1, p. 468 s.

(15) *In the matter of the Re Rabaiotti (1989) Settlement* (2000) JLR 173, in questa Rivista, 2002, 62.

S a g g i

Tale sentenza di riconoscimento, infatti, si basa quasi interamente su principi di *équité* per i quali la condotta in genere del marito, anche nel procedimento avanti alla Corte inglese, ha influito quasi in via esclusiva.

Non è peraltro dato sapere se la Corte di Jersey avrebbe dichiarato *sham* il trust o meno; è indubbio comunque che l'attività dei trustee, di particolare favoreggiamento nel permettere al marito in sostanza di fare quello che voleva, avrebbe certamente influito sulla decisione.

Alle evidenti difficoltà nel provare l'elemento soggettivo da parte dei trustee, infatti, avrebbe sofferito tutta l'attività istruttoria espletata che, comunque, ha indubbiamente provato che i trustee si sono sempre disinteressati di quanto il marito poneva in essere. Seppur infatti non vi sia la prova certa che i trustee hanno dato luogo coscientemente ad uno *sham*, è peraltro di tutta evidenza come gli stessi non hanno in alcun modo tentato di porre dei freni all'indebito operato del marito, pur avendone i poteri.

Ciò, a parere dello scrivente, sarebbe bastato a dimostrare la connivenza dei trustee all'operato del marito tanto da far ritenere comunque provato l'elemento soggettivo anche degli stessi.

È parimenti indubbio che il Giudice ha rilevato,

più o meno apertamente, non poche responsabilità nell'operato dei trustee; prima tra tutte l'essersi rimessi alla giurisdizione inglese in una materia delicata come quella in oggetto.

Per quanto sia evidente che tali responsabilità non siano state oggetto di questo giudizio, volto esclusivamente al riconoscimento di una sentenza tra le parti già resa, è parimenti evidente che ben altro peso avrebbero avuto se la causa fosse stata sin dall'inizio radicata direttamente a Jersey.

Anche sul punto, comunque, occorre rilevare come il riconoscimento di base sia derivato proprio da una leggerezza dei trustee stessi che, costituendosi nel giudizio inglese, non hanno in alcun modo fatto rilevare né la carenza di giurisdizione della Corte inglese, che pur poteva sussistere, stante comunque la domanda volta in merito ad un bene immobile situato in Inghilterra, né, soprattutto e ben più importante, la necessaria applicazione della legge di Jersey, come rilevato dal Giudice di Jersey.

Come si evince al § 29 della sentenza, il Giudice ha autorizzato i trustee a trattenere una certa somma a copertura dei costi ed onorari di questi; ciò comunque nonostante sia ancora pendente la diatriba tra i trustee e la moglie se dette spese debbano essere trattene e pagate dal fondo in trust o meno.

Omologazione di accordo di separazione consensuale e trust

Italia – Tribunale di Pordenone

Separazione consensuale – accordo di separazione – trust in favore dei figli – omologazione

Tribunale di Pordenone, A. Lazzaro, Pres., L. Zoso, M. Velletti, 20 dicembre 2005 [A. e B.]

Può essere omologato l'accordo di separazione consensuale dei coniugi nel quale sia contemplata l'istituzione di un trust, avente ad oggetto immobili acquistati in costanza di matrimonio, segregati in favore dei figli della coppia.

Testo del Verbale e del Decreto di Omologazione della Separazione

TRIBUNALE DI PORDENONE

Verbale di tentativo di conciliazione nella procedura per separazione consensuale promossa da:

A., nato a ... il ...

e

B., nata a ... il ...

Coniugi per matrimonio contratto il ... in

Oggi 21/11/2005, avanti al Presidente ff. del Tribunale dott.ssa Monica Velletti, sono presenti i coniugi di cui al ricorso.

Il Presidente ff. sente, prima disgiuntamente e successivamente congiuntamente, i coniugi per il tentativo di conciliazione.

A., dichiara: confermo la domanda. Percepisco mensilmente euro ... circa come produttore televisivo.

B., dichiara: confermo la domanda. Gestisco un bar-ristorante.

Il Giudice dà atto che il tentativo di conciliazione ha dato esito negativo.

Ricompaiono i coniugi entrambi assistiti dall'avv. A. Giberti e dall'avv. Oreste Giambellini, i quali depositano atto da allegare al presente verbale e continente parte integrale dello stesso nel quale vengono riprodotte le condizioni della separazione dando atto della avvenuta costituzione del Trust con contestuale trasferimento degli immobili siti in ...

Il Presidente ff. autorizza i coniugi a vivere separati e dispone altresì che ab-

biano attuazione tutte le clausole concordate nel foglio allegato al presente verbale e continente parte integrante dello stesso di cui si riserva l'omologa.

Dispone trasmettersi gli atti al P.M. per il parere.

Il Giudice

(Dott.ssa Monica Velletti)

CONDIZIONI

1) I coniugi vivranno separati nel reciproco rispetto.

2) Il sig. B. proseguirà ad abitare nell'appartamento, già casa coniugale, sito in ... Via ..., stante che la Sig.ra B., già a far data dal ..., si è trasferita nel Comune di ...

3) A scioglimento della comunione legale dei beni esistente tra i Sigg.ri A. e B. sugli immobili dagli stessi acquistati durante il matrimonio nei Comuni di ..., ... e ..., i medesimi si impegnano:

a) per quanto riguarda tutte le unità immobiliari site nel Comune di ... ed acquistate con atto ... n. ... di rep. Notaio ..., nonché con atto ... n. ... di rep. Notaio ..., il Sig. A. si impegna, entro 30 giorni dalla data di omologa della separazione, a trasferire alla Sig.ra B. la propria quota pari al 50% di piena proprietà di dette unità immobiliari;

b) per quanto riguarda il diritto di usufrutto sull'appartamento sito in ... Via ..., acquistato con atto ... n. ... di rep. Notaio ..., la Sig.ra B. si impegna, entro 30 giorni dalla data di omologa della separazione, a rinunciare alla propria quota di usufrutto con conseguente contestuale accrescimento in capo al Sig. A. del diritto di usufrutto sull'intera unità abitativa; da parte sua, il sig. B., sempre entro il termine sopra indicato, si impegna a trasferire, a favore dei figli sigg.ri C. e D., il predetto diritto di usufrutto con riserva a proprio favore del diritto di abitazione sua vita natural durante;

c) per quanto riguarda tutte le unità immobiliari site nel Comune di ... ed ac-

quistate con atto ... n. ... di rep. Notaio ..., nonché con atto ... n. di rep. stesso Notaio, i Sigg.ri A. e B. dichiarano di aver provveduto in data ... con atto n. ... di rep. Notaio Luigi Francesco Riso a conferire, in esecuzione a quanto previsto al punto c) del ricorso per separazione, ciascuno per la rispettiva quota, il diritto di piena proprietà dei predetti immobili in un trust irrevocabile che ha quali be-

Nota:

Riproduciamo il testo del verbale e del decreto di omologazione della separazione dei coniugi dal loro originale.

Queste le premesse dell'atto istitutivo di trust: "Questo strumento sottoscritto in ... il giorno ... dal signor ..., nato a ... il ..., residente a ..., Via ..., ..., Codice Fiscale ..., e dalla signora ... nata a ... il ..., residente a ..., località ..., Via ..., ..., Codice Fiscale ..., d'ora innanzi indicati congiuntamente come "Disponenti"; intendendosi che qualora uno dei *Disponenti* sia dichiarato incapace o venga a mancare tale termine si riferirà al *Disponente* in vita e non incapace, i quali

Premettono

– di essere coniugi, attualmente separati di fatto e di aver presentato congiuntamente al Tribunale Civile di ... il ricorso per separazione consensuale che in copia si trova allegato all'atto di istituzione di trust e sottoposizione e vincolo in trust di beni immobili, cui questo *Strumento* verrà allegato;

– che nel citato ricorso, quale parte integrante degli accordi patrimoniali conseguenti alla separazione consensuale, si prevede che, entro la data dell'udienza presidenziale fissata per il ..., venga istituito questo Trust dotandolo dei beni infra indicati;

– che pertanto l'omologa da parte del giudice della separazione consensuale del signor ... e della signora ..., secondo gli accordi previsti in detto ricorso o suggeriti dal giudice costituisce il presupposto di questo atto e del contestuale atto di dotazione;

– che al riconoscimento dell'istituendo Trust si applicano le disposizioni della Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985, ratificata dalla Repubblica italiana in forza della legge 16 ottobre 1989 n. 364 ed entrata in vigore il 1° gennaio 1992, salve disposizioni di maggiore favore;

(omissis)

Giurisprudenza

neficiari la propria discendenza comune, ossia i Sigg.ri C. e D. nonché quale Trustee persona di fiducia di entrambe le parti ed il cui strumento è stato formalizzato con atto in pari data n. ... di rep. stesso Notaio.

4) I coniugi dichiarano di rinunciare, l'uno nei confronti dell'altro, all'assegno alimentare e/o di mantenimento, essendo allo stato i medesimi del tutto autosufficienti da un punto di vista economico.

5) I coniugi si danno sin d'ora reciproco consenso ed assenso al rilascio e/o rinnovo dei rispettivi passaporti e documenti validi per l'espatrio.

**TRIBUNALE ORDINARIO
DI PORDENONE**

Il giorno ... riunito in camera di consiglio nelle persone di

Dott. Antonio Lazzaro presidente
Dott. Liana Zoso giudice
Dott. Monica Velletti giudice
Ha pronunciato il seguente

DECRETO

ritenuto che i coniugi

A.

Nato il ... a ...

B.

Nata il ... a ...

Matrimonio celebrato il ... a ...

si sono separati consensualmente avanti il Presidente di questo Tribunale in data ...;

che le condizioni della separazione appaiono conformi alla legge;

V.o il parere favorevole del P. M.;

V.o l'art. 711 c.p.c.;

ordina che il presente decreto sia tra-

smesso a cura della cancelleria in copia autentica per l'annotazione ai sensi dell'art. 69 lett. D d.p.r 3-11-2000 n 396 ordinamento dello stato civile all'ufficiale dello stato civile del comune di ...

(Atto n° 732 P. I. ... serie ... anno 1980)

OMOLOGA

La separazione consensuale dei predetti coniugi alle condizioni di cui al ricorso e confermate con il verbale dell'udienza citata e ciò a tutti gli effetti di legge;

ORDINA

che il presente decreto sia trasmesso a cura della cancelleria in copia autentica all'ufficiale dello stato civile del comune di ...

Applicazione diretta dell'art. 12 della Convenzione de L'Aja

Italia – Tribunale di Napoli

Trust – legge di ratifica della Convenzione de L'Aja – trascrizione – eliminazione della riserva apposta dal Conservatore dei Registri Immobiliari

Tribunale di Napoli, F. Como, Pres., R. Romano Cesareo, Rel., R. Pezzullo, 16 giugno 2005 [M.E.]

La trascrivibilità dell'atto istitutivo di trust discende dalla stessa legge di ratifica della Convenzione de L'Aja; pertanto, deve essere rimossa la riserva apposta alla trascrizione dal Conservatore dei Registri Immobiliari.

Testo del Decreto

Va preliminarmente rilevato che il trust è un istituto appartenente alle culture di paesi di Common Law, primo fra tutti l'Inghilterra, e pertanto non vi è mai stata una legge scritta volta a disciplinare l'istituto. La struttura del trust consiste in un rapporto fiduciario in virtù del quale un soggetto denominato trustee, al quale sono attribuiti i diritti e i poteri di un vero e proprio proprietario (legal owner), gestisce un patrimonio che gli è stato trasmesso da un altro soggetto denominato settlor o disponente per uno scopo prestabilito, purché lecito e non contrario all'ordine pubblico, nell'interesse di uno o più beneficiari o per un fine specifico.

La Convenzione adottata dall'Aja il 1.7.1985 relativa alla legge sui trusts è stata recepita dall'Italia con la legge 9.10.1989 n. 364 ed è entrata in vigore il 1.1.1992. La convenzione, pur non contenendo disposizioni che disciplinino e definiscano compiutamente l'istituto del trust, ha indicato i requisiti minimi affinché possa parlarsi di trust: un soggetto settlor si spoglia della proprietà di parte o di tutti i suoi beni con atto tra vivi o mortis causa e li pone sotto il controllo del trustee con l'obbligo di amministrarli nell'interesse di una o più persone. Pertanto i beni del trust costituiscono patrimonio separato e sono intestati al trustee con un vero e proprio trasferimento avente natura reale. Dal fatto che i beni costituiscono patrimonio separato, ne consegue che non possono essere aggrediti dai creditori

del trustee neppure in caso di fallimento essendo esclusi dalla sua successione e dal regime patrimoniale proprio del matrimonio.

Ai fini della risoluzione della questione sottoposta al vaglio di questo Tribunale occorre prendere le mosse dall'art. 12 della Convenzione dell'Aja secondo il quale il trustee che desidera registrare i beni mobili e immobili o i documenti attinenti, avrà facoltà di chiedere la iscrizione nella sua qualità di trustee o in qualsiasi altro modo che rilevi l'esistenza del trust a meno che ciò non sia vietato o incompatibile a norma della legislazione dello stato nel quale la registrazione deve avere luogo.

Tale problema si è posto riguardo ai paesi il civil law, dove la differenza rispetto a quelli di common law è rappresentata dal fatto che sono previste forme di pubblicità obbligatorie dei trasferimenti immobiliari.

Nel sistema italiano la trascrizione nei pubblici registri rappresenta lo strumento apprestato ai fini dell'opponibilità delle vicende circolatorie dei relativi diritti.

Il problema che si pone è quello di superare la natura di numero chiuso degli atti trascrivibili in base all'art. 2643 c.c. Infatti ritenere l'atto di trust non trascrivibile in quanto non rientrante tra gli atti soggetti a trascrizione renderebbe tamquam non esset la ratifica della Convenzione in quanto i beni non potrebbero essere intestati al trustee e non sarebbe opponibile ai terzi l'effetto della separazione dei beni in trust da quelli personali del trustee.

Partendo dalla considerazione che è ormai ius receptum l'ammissibilità della trascrizione di atti atipici rispetto alle categorie di cui all'art. 2643, ammissibilità che fonda le sue radici sul presupposto che tali atti producono comunque effetti riconducibili, anche se in parte, agli effetti dei contratti menzionati dal legislatore

(si pensi alla multiproprietà o alla proprietà fiduciaria), ritiene il Collegio che, in assenza di una disposizione che faccia divieto di trascrizione, la trascrizione del trust discenda dalla stessa legge di ratifica la quale ha introdotto una nuova figura di atto soggetto a trascrizione, quello costitutivo di trust, con il quale sia trasferita la proprietà di beni immobili.

L'incompatibilità della trascrizione del trust con l'ordinamento cui fa riferimento l'art. 12 della Convenzione dell'Aja deve essere valutata dunque in concreto avendo riguardo alla tipologia di beni conferiti in trust essendo evidente che non sarà trascrivibile un trust avente ad oggetto somme di denaro o beni mobili.

Nella fattispecie avendo l'istante M.E. inteso affidare al "Trust" beni immobili di sua proprietà va ordinata la cancellazione della riserva apposta alla trascrizione del trust denominato C. istituito con scrittura privata del ... rep. ... registrata il ... e autenticata dal notaio M.T.

PQM

Ordina al Conservatore dei registri immobiliari di Napoli II in persona del Conservatore di eliminare la riserva apposta alla trascrizione del trust denominato C. istituito da E.M. con scrittura privata del ... rep. ... registrata il ... presso il 3^o ufficio delle Entrate di Bologna e autenticata dal notaio M.T. del Collegio Notarile di Bologna.

Nota:

Riproduciamo il testo del decreto dal suo originale.

Trasformazione di trust straniero in accordo post-matrimoniale da parte del giudice inglese

Inghilterra e Galles – Court of Appeal

**Matrimonio – trust straniero in favore dei coniugi – divorzio – trasformazione del trust
in accordo post-matrimoniale – competenza del giudice inglese – Matrimonial Causes
Act 1973 – applicazione**

Court of Appeal (Civil Division), Thorpe, May, Arden, L.J.J., 30 luglio 2004 [Charalambous v Charalambous]

L'istanza proposta dall'ex moglie, affinché il trust – retto dalla legge di Jersey – istituito in costanza di matrimonio a favore dei coniugi venga trasformato in un accordo post-matrimoniale, rientra nella competenza del giudice inglese, quale giudice naturale pre-costituito per legge in base alle norme che disciplinano il rapporto coniugale e, pertanto, può essere accolta in applicazione del Matrimonial Causes Act 1973.

Testo della Sentenza

Thorpe LJ: [1] Floros Charalambous (the husband) married Martha Charalambous (the wife) on 17 June 1984. There are two children of the family, a girl of 12 and a boy of eight, who are separately represented before us by their litigation friend, Helen Sheeran. Before the birth of the second child the husband's mother created a Jersey settlement known as the Hickory Trust.

[2] The financial affairs of this family are shrouded in mist. There were a number of business enterprises, including the operation of care homes for children and an estate agency. There is a document which seems to show that in February 2000 the husband suggested that his assets totalled £43m. However by 1 October 2000 bankruptcy petitions were issued against the husband and wife and in the resulting proceedings it was asserted that on 1 November 2000 there was as estimated deficiency of approximately £5m. However the creditors asserted that there were undisclosed assets and interests. In that

climate it is not difficult to imply a motive for the deed of appointment and removal dated 8 January 2001 under the terms of which both husband and wife ceased to be beneficiaries under the Hickory Trust.

[3] The marriage broke down in 2002. Both parties petitioned for divorce in September following a separation in July. Ancillary relief proceedings commenced with the filing of the wife's form A on 8 October 2002. Since then there have been continuing ancillary relief proceedings in the Family Division and bankruptcy proceedings in the Chancery Division. I need only refer to the wife's amendment of her form A on 24 April 2003 to include an application under s 24 of the Matrimonial Causes Act 1973 for the variation of the Hickory Trust as a post-nuptial settlement. The husband challenged the court's jurisdiction under s 24. He denied that the Hickory Trust was a nuptial settlement. Alternatively he relied upon the provision of the settlement conferring exclusive jurisdiction on the Jersey courts and the provision in the settlement establishing Jersey Law as the proper law of the settlement and the provisions of the Recognition of Trusts Act 1987 importing into English Law the provisions of the Hague Convention of 1 July 1985 on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition.

[4] These issues were debated before Wilson J at a three-day hearing commencing on 1 March 2004. He handed down his reserved judgment on 2 April 2004. He rejected the husband's various challenges and granted a declaration that the court had

jurisdiction to vary the Hickory Trust under s 24(1)(c) of the 1973 Act. He refused the husband permission to appeal and gave directions for the further conduct of the proceedings.

[5] On 15 April 2004 the husband sought permission to appeal and on 19 April I ordered an oral hearing on notice with appeal to follow if permission granted. That hearing was expedited to 29 June 2004 since Wilson J had fixed a five-day hearing to commence on 12 July to be followed by a further five days commencing 11 October 2004. Whether those hearings will succeed in dispelling all the mist surrounding this families' financial affairs seems to me questionable.

[6] This chronology of the past, present and prospective ancillary relief litigation compels the familiar question: are the legal costs incurred disproportionate to what is in issue? Here both parties assert that they are either insolvent or in straightened circumstances. However the wife's case is that the husband has access to funds which he has not revealed, in breach of his duty in the current proceedings in ancillary relief and insolvency. She asserts that the proceeds of sale of the estate agency will amount to about £250,000 and would be apparently payable to the Hickory Trust. Those proceeds of sale are targeted by the wife's application under s 24 and are protected by an injunction which she has obtained to prevent the liquidator from making any payments

Nota:

Riproduciamo il testo della sentenza da [2004] 2 FLR 1093.

other than to third party creditors. In those circumstances this court called for an account of all sums already spent and likely to be spent in the current proceedings. I take first the costs of the litigation friend. Her skeleton argument was received on 25 June, one clear working day before the fixture. She did not seek the court's directions as to whether counsel should be briefed and at the end of the day we questioned whether counsel's attendance had been necessary, given that the litigation friend had little or no contribution to make to the legal argument. Mr Emanuel explained that the litigation friend had not been served with much of the relevant court papers and that his decision to attend was in part to understand better what the case was about. Subsequently Mr Emanuel very responsibly waived his fee for 29 June. In those circumstances the costs of the litigation friend to date are £7,000. Prospectively the costs of the further hearings in the Family Division are put at approximately £27,500 if the litigation friend's involvement is limited to two days or approximately £42,000 without such limitation.

[7] These are the comparable figures for the wife costs to date £175,000 and to be incurred a further £112,385. Of the costs incurred to date approximately £90,000 are publicly funded.

[8] The comparable figures for the husband are £217,000 to date and to be incurred a further £36,000 (plus VAT). Of the costs incurred to date approximately £107,000 are publicly funded.

[9] These figures speak for themselves. I hope that the Legal Services Commission will take note.

[10] The judgment of Wilson J in the Family Division is reported at [2004] 2 WLR 1467. I am in no doubt that he was right to grant the declaration which he did. I would however reason that conclusion differently, partly because the respondent's case on appeal is more extensive than it was below. By respondent's notice dated 22 June 2004 the following additional ground was advanced:

"As a matter of the conflict of laws, the petitioner's application to vary the

Hickory Trust should be determined by reference to the Divorce Law of England and Wales and not by reference to the Recognition of Trusts Act 1987".

[11] This is fleshed out in para 14 of the skeleton argument of Mr Le Grice QC which reads:

"The proper characterisation of the issue shows that the Court is concerned with the powers of the divorce courts rather than the "validity, construction, effects and administration of a trust". As a result the English conflicts rule on financial relief after divorce prevails".

[12] Before attempting to reason my conclusions it is necessary first to record the relevant statutory material and the crucial provisions of the Hickory Trust. I will then summarise the submissions of Mr Francis QC and Mr Le Grice. Finally I will state my conclusions.

[13] The contending statutes are the Matrimonial Causes Act 1973 and the Recognition of Trusts Act 1987. I need cite only part of s 24 of the Matrimonial Causes Act 1973 as follows:

"(1) On granting a decree of divorce, a decree of nullity of marriage or a decree of judicial separation or at any time thereafter (whether, in the case of a decree of divorce or of nullity of marriage, before or after the decree is made absolute), the court may make any one or more of the following orders, that is to say-(a) an order that a party to the marriage shall transfer to the other party, to any child of the family or to such person as may be specified in the order for the benefit of such a child such property as may be so specified, being property to which the first-mentioned party is entitled, either in possession or reversion; (b) an order that a settlement of such property as may be so specified, being property to which a party to the marriage is so entitled, be made to the satisfaction of the court for the benefit of the other party to the marriage and of the children of the family or either or any of them; (c) an order varying for the benefit of the parties to the marriage and of the children of the family or either or any of them any ante-nuptial or post-nuptial settlement (including such a settlement made by will or codicil) made on the parties of the marriage other than one in

the form of a pension arrangement (within the meaning of section 25D below); (d) an order extinguishing or reducing the interest of either of the parties to the marriage under any such settlement, other than one in the form of a pension arrangement (within the meaning of section 25D below)".

Subject, however, in the case of an order under paragraph (a) above, to the restrictions imposed by s 29(1) and (3) below on the making of orders for a transfer of property in favour of children who have attained the age of 18.

[14] The principal purpose and effect of the Recognition and Trusts Act 1987 is to introduce into our domestic law the Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition. Accordingly I need only cite part of s 1 of the statute as follows:

"1. Applicable law and recognition of trusts.-

(1) The provisions of the Convention set out in the Schedule to this Act shall have the force of law in the United Kingdom.

(2) Those provisions shall, so far as applicable, have effect not only in relation to the trusts described in Articles 2 and 3 of the Convention but also in relation to any other trusts or property arising under the law of any part of the United Kingdom or by virtue of a judicial decision whether in the United Kingdom or elsewhere.

(3) In accordance with Articles 15 and 16 such provisions of the law as are there mentioned shall, to the extent there specified, apply to the exclusion of the other provisions of the Convention".

[15] Turning to the Convention itself, art 6 provides 'a trust shall be governed by the law chosen by the settlor' and art 8 provides 'the law specified by Article 6 [...] shall govern the validity of the trust, its construction, its effects and the administration of the trust'. For the purposes of this appeal the key article is art 15 which I cite in full:

"Article 15

The Convention does not prevent the application of provisions of the law designated by the conflicts rules of the forum, in so far as those provisions cannot be derogated from by voluntary act, relating in particular to the following

Giurisprudenza

matters-(a) the protection of minors and incapable parties; (b) the personal and proprietary effects of marriage; (c) succession rights, testate and intestate, especially the indefeasible shares of spouses and relatives; (d) the transfer of title property and security interests in property; (e) the protection of creditors in matters of insolvency; (f) the protection, in other respects, of third parties acting in good faith.

If recognition of a trust is prevented by applications of the preceding paragraph, the court shall try to give effect to the objects of the trust by other means”.

[16] The deed of settlement of 18 September 1995 purports to have been made by the husband’s mother (whether she was in reality the settlor is in issue). The original trustee, a Jersey Trust Co, was replaced ultimately by a company connected to a Mr and Mrs Tsirides on 27 January 2003. The sum originally settled was a token US\$100, subsequently supplemented by substantial assets which the wife asserts were derived from the joint resources of the parties. The settlement created a discretionary trust for the benefit of the settlor, the parties, their then only child and such other persons as the trustees might subsequently add. The trustee’s powers to add or remove persons from the beneficial class are subject to the consent in writing of the ‘trust’s’ protector. The parties were appointed joint protector of the trust during their joint lives. However, the husband received the power to remove and appoint trustees. Section 3 of the settlement deals with proper law and jurisdiction as follows:

“3.1 Subject to Clause 22 hereof, this Trust is established under the laws of the Bailiwick of Jersey and the rights of all parties and the construction and effect of each and every provision hereof shall be governed and construed only in accordance with the laws of Jersey, which shall be the proper law hereof (hereinafter called “the Proper Law”).

3.2 Subject to Clause 22 hereof, this Trust shall be subject to the exclusive jurisdiction of the Royal Courts of the Bailiwick of Jersey which shall be the forum for disputes relating hereto (hereinafter called “the Forum”).”

[17] The instrument of 8 January

2001 removing the parties as beneficiaries was made in apparently orthodox form by Blevins Franks Trustees Ltd of Sliema, Malta.

[18] The first ground of appeal asserts that the Hickory Trust ceased to be a post-nuptial settlement with effect from the date of the instrument removing the parties from the class of beneficiaries. Ground three asserts that any application to vary the Hickory Trust must be made to the Royal Courts in Jersey in compliance with cl 3.2 of trust deed. Alternatively that the wife’s application to vary had to be determined in accordance with the laws of Jersey in compliance with cl 3.1 of the trust deed. Those are the issues raised by the appellant’s notice.

[19] Mr Francis’ essential submission is that the trust instrument is explicit in its provision for exclusive jurisdiction and in its declaration of the proper law. Any application must be brought in Jersey. Alternatively this court must apply Jersey law in determining any question. Article 27 of the Matrimonial Causes (Jersey) Law 1949 confers upon the court, where a decree of divorce has been made, the power to “vary or modify [...] any post-nuptial settlement [...] between the parties to the marriage”. Mr Francis therefore submits that para 3.2 of the settlement requires the appellant to seek her relief in the Jersey court. Alternatively he submits that Wilson J was bound to apply art 27 of the Jersey statute rather than s 24 of the Matrimonial Causes Act 1973 giving due recognition to para 3.1 of the settlement.

[20] Mr Francis submits that these are the consequences of the application of s 1(1) of the Recognition of Trusts Act 1987 and arts 6 and 8 of the Convention. Article 15, in the submission of Mr Francis, only permits the application of English conflict laws in the six instances defined by art 15 and that art 15(b) (the personal and proprietary effects of marriage) cannot possibly extend to the financial consequences of divorce. He submits that the restriction of art 15 to the six matters specified is a construction fortified by the terms of s 1(3) of the statute.

[21] Although Mr Francis can find no

authority to support his propositions in this or any other jurisdiction he claims support from the commentary to the Convention written by Professor von Overbeck, from the written views of Professor David Hayton and from the current edition of Cheshire and North. Mr Francis roundly rejects the characterisation argument advanced by the respondent’s notice and submits that the authorities of *Nunneley v Nunneley* (1890) 15 PD 186 and *Forsyth v Forsyth* [1891] P 363 are hardly reasoned and are of no surviving relevance since the commencement of the Recognition of Trusts Act 1987.

[22] As to the proper characterisation of the Hickory Trust, Mr Francis concedes that as at the date of formation it constituted a post-nuptial settlement. However he submits that the effect of the instrument of 8 January 2001 removing the parties as beneficiaries was to destroy the nuptial element.

[23] The rival submissions of Mr Le Grice logically commence with his respondent’s notice. What are in opposition are the conflict rules of trusts (r 151 in Dicey and Morris) and the conflicts rule of financial relief after divorce (r 86(7) in Dicey and Morris). Plainly the present application must be characterised as an application for financial relief after divorce governed by r 86(7) and not an application in relation to the settlement governed by r 151.

[24] Alternatively Mr Le Grice submits that art 15 of the Convention permits the application of the conflict rules of the forum in circumstances wider than the six particularised instances. In the further alternative he submits that art 15(b) is clearly directed to taking trusts out of the operation of the Convention in the context of ancillary relief litigation.

[25] In support of these propositions Mr Le Grice also relies upon Professor von Overbeck, Professor Hayton, the current edition of Dicey and Morris and the decision of the Court of Justice of the European Communities in *de Cavel v de Cavel Case 143/78* [1979] ECR 1055. Mr Le Grice submits, and Mr Francis disputes, that the language of art 1 of the 1968 Convention on Jurisdiction and

Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (Brussels I), under which de Cavel's case was decided, is sufficiently close to the language of the convention to constitute the case a useful authority in the absence of any reported decisions on the article itself.

[26] I turn now to my conclusions on the rival submissions. I would not accept the case that Mr Le Grice advances by his respondent's notice. Characterisation is too crude a concept. The 1987 Act cannot be so cavalierly dismissed. If it catches the Hickory Trust in the present circumstances it must be duly applied.

[27] However there can be no doubt in my judgment as to "the law designated by the conflicts rules of the forum" in the context of a contested ancillary relief claim. In his concise judgment in the case of *Nunneley v Nunneley* the President stated:

"The language of the Act is exceedingly wide. I am clearly of opinion that the power thereby conferred extends to a settlement though made in another country and according to the law of that country".

(Counsel have traced the transition of the statutory power from its first appearance in the Matrimonial Causes Act 1859 and it is common ground that there is no material distinction throughout these transitions.)

[28] In the later case of *Forsyth Jeune J* (himself subsequently President) followed the decision in *Nunneley's* case rejecting a submission that if the settlement was to be varied it had to be in accordance with Scottish Law. He said:

"*Nunneley v Nunneley* seems to me to go the whole length of deciding that whatever be the law applicable to the settlements the effect of s.5 of the 22 and 23 Vict. c. 61, is to give this court power to vary the settlements in its discretion according to the principles laid down in that section".

[29] Mr Francis' submission that the courts of Jersey have exclusive jurisdiction to entertain the appellant's application by virtue of the provisions of s 3.2 of the settlement seems to me to be completely misconceived.

[30] Statutory powers to vary post-

nuptial settlements only arise on or after the decree that dissolves or annuls the marriage status. Individuals may not elect into or out of a jurisdiction that determines marital status. The necessary qualification to invoke such a jurisdiction will depend on habitual residence, or perhaps domicile or nationality depending on the *lex fori*. Each of the parties to this appeal held and exercised the right to invoke the jurisdiction of England and Wales. One or other or both may have had the right to invoke some other jurisdiction but it is manifest that neither had any right to invoke the matrimonial jurisdiction of the Jersey court. The provision of cl 3.2 cannot extend beyond an election for the law of Jersey in determining any question as to the construction or operation of the settlement qua settlement. This power to vary is derived not from the settlement but from the matrimonial regime of the state. Equally the right to seek variation derives not from the settlement but from the matrimonial regime of the jurisdiction that dissolves the marriage. So cl 3.2 of the settlement cannot oust or defeat the wife's exercise of her statutory right to apply under s 24 of the 1973 Act for a variation of settlement order. The clause is of no avail to the husband.

[31] Equally unavailing to the husband is cl 3.1 of the settlement. Once the wife has established the jurisdiction of the Family Division, the proposition that the husband has a right to the application of the law of Jersey in the determination of her s 24 application is completely misconceived. It is trite that a petition may only be defeated by a challenge to jurisdiction or stayed on a plea of *forum non conveniens*. Once a decree has been pronounced on the petition all ancillary issues must be determined in accordance with the relevant provisions of the 1973 Act. Unlike many civil jurisdictions which may inquire as to an applicable foreign law, this jurisdiction applies only the *lex fori*. In the specific instance of the variation of a post-nuptial settlement, the cases of *Nunneley* and *Forsyth* are conclusive. They have stood unquestioned for a century and Mr Francis' suggestion that they are unreasoned and therefore unpersuasive mistakes their power. The proposition that they proclaimed required no more elaboration.

[32] Those conclusions alone are fatal to this appeal. However in my judgment Mr Francis' endeavour to invoke the Recognition of Trust Act 1987 is also unfounded. I am not persuaded that the liberation from arts 6 and 8 which art 15 provides is limited to the six specified categories. They are preceded by the plainest of language ("relating in particular to the following matters"). I do not consider that s 1(3) was intended or expressed to narrow the scope of art 15. I find support for this conclusion in Professor von Overbeck's commentary at paras 138 and 139 where he wrote:

"138. It will be recalled that article 3 removes entirely from the Convention's coverage the acts done prior to the creation of the trust, which are necessary for its creation. To the contrary, article 15 looks to those hypothetical situations in which an existing trust may deploy effects which are incompatible with the mandatory rules of the forum or of the law of a third country for a field other than trusts. The intent was to preserve above all the forum's substantive law in cases where its conflicts rules designated its own law, but this provision is also intended to preserve a foreign substantive law which is designated by the private international law of the forum.

139. It should be emphasised that the enumeration of the first paragraph of article 15 is by way of example. Mandatory rules in matters which are not listed may therefore also override the trust's rules. Not without reason, it was said that a hostile judge might always find in article 15 a means of frustrating the trust".

[33] Equally supportive is the following passage from Dicey and Morris on the Conflict of Laws (13th edn, 2000) written by Professor David McLean:

"The power of a divorce court to vary a settlement made by the parties to a marriage, under section 24 of the Matrimonial Causes Act 1973 after granting a decree and under section 17 of the Matrimonial and Family Proceedings Act 1984 after a foreign decree, has been considered in Rule 86. It is important that this power should be exercised in accordance with the English *lex fori* as part of the whole range of powers exercisable in those contexts and it is submitted that the Recognition of the

Giurisprudenza

Trusts Act 1987 does not affect that position”.

[34] I therefore conclude that if the statutory powers to vary settlements on or after decree are not covered by the specification in art 15, they are nevertheless clearly covered by its general terms as “provisions of the law designated by the conflicts rules of the forum, in so far as those provisions cannot be derogated from by voluntary act”.

[35] The construction of art 15(b) is not straightforward. Professor David Hayton is an expert of particular authority in this field. He spoke for the United Kingdom in the negotiation of the Convention. He has since written extensively on the Convention. In Ch 3 of *The International Trust* (2002) p 123 he writes frankly of the realities surrounding the production of the text of the Convention:

“In interpreting the Hague Convention, it is important to appreciate that near unanimity on clear “black and white” provisions in a complex area was impossible, especially in view of time constraints. Often a problematic point was perceived and common lawyers would produce a proposal “x” while civil lawyers would produce a proposal “z”. After a 2-hour discussion the matter would be referred to the drafting committee to produce a compromise “y” in the light of the discussion and in the light of the need to have the matter dealt with in French words comprehensible to civilian lawyers which would then have a parallel English text.

This led often curiously expressed English provisions and to matters being “fudged” by the use of “grey” open-textured language capable of being interpreted narrowly or broadly [...]”.

[36] In his 1987 article “The Hague Convention and the Law applicable to Trusts and their Recognition” (1987) 36 ICLQ 260 he introduced art 15 thus:

“Article 15 is concerned to ensure the application of the mandatory rules of the law applicable under the forum’s conflicts rules to entitlement to assets that happen to be held on trust, irrespective of what the applicable law of the trust may provide. This requires the conflicts rules of the lex fori to be used to apply the

mandatory rules of the lex fori or of the lex situs (or of the lex loci solutionis in a very rare case) in preference to applying the applicable proper law of the trust, e.g. if shortly before death or divorce a trust were created in an attempt to avoid the rights of a spouse on the settlor’s death or divorce; or if a trust were created in an attempt to defeat claims of the settlor’s creditors to the trust assets; or if Manitoban law had been chosen in an attempt to have English land escape the rules against perpetuities and accumulations”.

[37] In the current edition of *Underhill and Hayton’s Law Relating to Trusts and Trustees* (16th edn, 2003) he considers at p 1044 the interface with s 24(1)(c) in these terms:

“It is clear from s 24(1)(c) of the *Matrimonial Causes Act 1973* that an English court has the power to vary a trust governed by English law when it has jurisdiction over divorce, nullity or legal separation proceedings involving the same parties. Section 17 of the *Matrimonial and Family Proceedings Act 1984* confers a similar power on the court in respect of foreign decrees. In both cases, the decision to vary is at the court’s discretion. Section 24 further provides a basis of competence to vary a trust governed by foreign law. However, whether a court with competence should actually vary a foreign trust raises a question governed by the applicable law of the trust. Article 8(2)(h) of the *Trusts Convention* makes clear that if a foreign law governs the trust, then it is that foreign law’s substantive provisions on variation of trusts which should be applied, not those of English law. It must follow that it is to the applicable law of the trust that an English court should first look when deciding whether to vary the trust”.

[38] My difficulty in accepting that proposition is that the paragraph does not consider the effect of art 15.

[39] Finally we were referred to Professor Hayton’s article “The Hague Convention on Trusts: a Little is Better than Nothing but why so Little?” (1994) 3(1) *Journal of International Trust and Corporate Planning* 23-29 where he dealt with art 15 in these terms:

“Article 15 then preserves the pre-existing position, irrespective of what is the law applicable to a particular trust, to ensure that one jurisdiction’s trust law does not override the mandatory rules of another (civil or common law) jurisdiction whose substantive domestic law is applicable according to the choice of law rules of the forum. Such mandatory rules concern matters such as insolvency, matrimonial property, transfer of title to property with protection afforded to bona fide transferees, and forced heirship succession rights: these rules may lead to the lex fori or the lex situs or lex successione being applied so as wholly or partly to undo the effects of a trust of assets within the forum”.

[40] Professor Hayton’s commentary is in my opinion inconclusive on the points at issue in the present appeal for the simple reason that he has not directly addressed them.

[41] I conclude this review of academic opinion by citing the balanced appraisal to be found in the current edition of *Cheshire and North’s Private International Law* (1999) p 1043:

“There is power in the English court when granting a divorce, nullity or judicial separation decree, or at any time after the decree, to vary any settlement of movable and immovable property made on the parties to the marriage, whether by an ante-nuptial or a post-nuptial settlement. The court can also extinguish or reduce the interest of either of the parties to the marriage under such a settlement. Whenever the court has jurisdiction in the main proceedings for divorce, nullity or judicial separation, then it also has jurisdiction to order such variations. However, this application of English law as the law of the forum has not been restricted to settlements governed by English law or of English property. For example, in *Nunneley v Nunneley and Marrian*, the English court varied a settlement made in Scotland and in Scottish form of movables and immovables in Scotland. Is this power now limited by the *Recognition of Trusts Act 1987* to settlements governed by English law? It would certainly seem undesirable that the power of the court in such family proceedings should be limited by the choice of law rules in the 1987

Act; and the exclusion of those rules might well be supported by reference to Article 15 which allows the English forum still to apply its conflict rules, here in fact leading to the application of the substantive law of the forum, to inter alia “the personal and proprietary effects of marriage”.

[42] In the end on the due construction of art 15(b) I again prefer the submissions of Mr Le Grice. The language of the subparagraph is too imprecise to exclude the statutory power to vary post-nuptial settlements on the termination of the marriage. These are the two essential ingredients of the statutory power: the relationship of the marriage of the parties to the settlement and the breakdown of the marriage, the driving force of the variation. An inclusive construction accords with good sense and with our legal tradition. It also avoids a great deal of complication and possible injustice which would result from an exclusive construction.

[43] I need hardly add more but, if necessary, I would also accept Mr Le Grice's submissions as to the relevance of the parallel language of Brussels I (“this Convention shall not apply to [...] rights in property arising out of a matrimonial relationship”) and as to the relevance of the decision in *de Cavel's* case.

[44] The second and distinct issue in the appeal is purely one of English law: was the Hickory Trust a post-nuptial settlement within the terms of s 24 of the 1973 Act at the relevant date? It being conceded by the appellant that it was a post-nuptial settlement until the removal of the parties as beneficiaries, the only question is whether their removal erased the nuptial element and with it the court's power to vary. I share the view of Wilson J that so to hold would be contrary to all good sense. We should reject the introduction of another evasive device into a field of litigation in which evasion abounds and in which there has never been any shortage of litigants who easily justify to themselves questionable tactics. However I cannot agree that a settlement which was nuptial when made retains that essential character come what may. It is easy to instance the head of a family who has created a number of

settlements to preserve the family's fortune through two or more generations. His scheme may at one stage include nuptial settlements for his sons, their wives and issue. However at a later stage, to reflect events in the family or changes in the Taxing Acts, he might well radically revise the scheme and in so doing remove from one particular settlement a son, his wife and issue, compensating them with some advance or other security. So whether the removal of the spouses from the beneficial class does or does not erase the nuptial element must in my judgment depend on the facts and circumstances of the individual case.

[45] In the present case the facts clearly indicate that the nuptial element of the Hickory Trust was not lost by the instrument of 8 January 2001. The parties remain joint protectors. Their children remain in the beneficial class. The removal was apparently motivated by the desire to preserve the assets against claims that might be brought by the spouses' creditors. The parties may be reinstated to the beneficial class. The powers of the joint protector are extensive. Any decision of the trustees to distribute or accumulate requires the consent of the protector under cll 8 and 22 of the deed of settlement. Subsequent to the removal of the parties there is clear evidence that the husband has in fact benefited substantially from the Hickory Trust which has provided him with working capital by substantial loans to one of his businesses.

[46] Turning to authority, the judgment of Romer LJ in *Prescott (otherwise Fellowes) v Fellowes* [1958] 3 All ER 55, [1958] P 260 provides an apt introduction. He said ([1958] 3 All ER 55 at 62-63, [1958] P 260 at 281):

“Inasmuch as the deed vested no property in trustees and created no successive legal or beneficial interests it had none of the attributes of a settlement which are familiar to conveyancing practitioners. It has, however, long since been established by decisions which are binding on this court that a disposition of property may constitute a “settlement” for the purposes of s 25 of the Matrimonial Causes Act, 1950, notwithstanding that it would not be regarded as a settlement of property for any other purpose. The

liberality with which this legislation has been construed is sufficiently exemplified by *Bosworthwick v Bosworthwick* [1927] P 64, [1926] All ER Rep 198. In that case a wife executed, a few years after her marriage, a bond which secured to her husband an annuity for his life. The marriage was dissolved in 1925 and the wife applied to the court for an order extinguishing her liability under the bond. This court, affirming the decision of Lord Merrivale P held that the bond was a post-nuptial settlement for the purposes of s 5 of the Matrimonial Causes Act, 1859, and s 192 of the Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act, 1925; and the wife's application succeeded. In the course of his judgment Romer J who was sitting as a member of this court, said (*ibid*, at p 72) that the authorities established “[...] that where a husband has made a provision for his wife, or a wife for her husband, in the nature of periodical payments, that amounts to a settlement within the meaning of the sections. That may appear to be a very liberal construction of the sections, but I think that it is no more liberal a construction than should be given to them having regard to the obvious purposes for which they were enacted by the legislature”.

[47] As to the power to control as opposed to the entitlement to benefit, the case of *Compton v Compton* [1960] 2 All ER 70, [1960] P 201 provides a good illustration. The point clearly emerges from the judgment of Marshall J where he held ([1960] 2 All ER 70 at 75-76, [1960] P 201 at 210):

“The first point taken by counsel for the wife is fundamental. He has submitted that the four settlements in question are not “post-nuptial settlements made on the parties whose marriage is the subject of the decree”.

This submission was made before the registrar, but later abandoned before the hearing was concluded. It has, however, been revived before me and I must deal with it. If he were right in that submission this court would have no jurisdiction to make any order upon this application. I do not entertain any doubt that this submission is wrong. These settlements are settlements of property made in the course of marriage, and they deal with the interests of the children of the marriage.

Giurisprudenza

In the disposal of the property for the benefit of each child the respondent wife has been given a voice both as trustee and under the power of appointment even though it is the husband who provides all the money. Under the settlements on the two daughters she also has a beneficial interest in reversion. A settlement can settle on parties to a marriage power over the disposal as well as over the property itself*.

[48] Mr Francis relied much on the introductory paragraphs of the speech of Lord Nicholls in *Brooks v Brooks* [1995] 3 FCR 214, [1995] 3 All ER 257 where, in defining what constituted a marriage settlement, he stated:

“In the Matrimonial Causes Act 1973 settlement is not defined, but the context of s 24 affords some clues. Certain indicia of the type of disposition with which the section is concerned can be identified reasonably easily. The section is concerned with a settlement “made on the parties to the marriage”. So, broadly stated, the disposition must be one which makes some form of continuing provision for both or either of the parties to a marriage, with or without provision for their children” (See [1995] 3 FCR 214 at 219, [1995] 3 All ER 257 at 263).

[49] That is of course an unimpeachable generalisation that was perfectly sufficient for the needs of the case then before the House. It is in my judgment unrealistic to suggest that it is conclusive of a point that was not before the House and one that is not covered by any existing authority. The words taken out of context provide an insubstantial foundation for Mr Francis’ submission particularly since it is at odds with the facts and circumstances surrounding the Hickory Trust.

[50] For the reasons given I share Wilson J’s conclusion. However given the novelty and difficulty of the issues, I would grant the application for permission to appeal but dismiss the resulting appeal. I should record that the appellant’s skeleton argument was settled by Mr Scott QC, who appeared below. It was adopted by Mr Francis, who appeared in this court in Mr Scott’s stead.

(omissis)

DISPOSITION:
Appeal dismissed.

TRADUZIONE
a cura di Annapaola Tonelli,
avvocato in Bologna

Thorpe LJ: [1] Floros Charalambous (il marito) sposò Martha Charalambous (la moglie) il 17 giugno 1984. Nella famiglia ci sono 2 figli, una bambina di 12 anni e un bambino di 8, che sono separatamente rappresentati dal loro curatore, Helen Sheeran. Prima della nascita del secondo figlio, la madre del marito istituì un trust, secondo la legge di Jersey, denominato Hickory Trust.

[2] Gli affari finanziari della famiglia sono avvolti nella nebbia. Essi comprendevano un certo numero di imprese, inclusa l’attività di gestione di asili per bambini e un’agenzia immobiliare. Un documento sembra mostrare che nel febbraio 2000 il marito indicasse il suo patrimonio complessivo in 43 milioni di sterline. Tuttavia intorno al 1° ottobre 2000 venne depositata istanza di fallimento nei confronti del marito e della moglie e dal conseguente procedimento emerse che al 1° novembre 2000 risultava uno scoperto stimato approssimativamente in 5 milioni di sterline. Ciò nonostante, i creditori asserivano che vi fossero disponibilità finanziarie e profitti nascosti. In questo clima non è difficile individuare una motivazione per l’azione di nomina e destituzione, datata 8 gennaio 2001, ai sensi della quale sia il marito che la moglie cessarono di essere beneficiari del Hickory Trust.

[3] Il matrimonio si ruppe nel 2002. Successivamente alla separazione, avvenuta in luglio, entrambe le parti chiesero il divorzio in settembre. Un’azione legale complementare venne iniziata con il deposito di un *Form A* da parte della moglie, in data 8 ottobre 2002. Fino a quel momento erano pendenti azioni complementari avanti la Family Division e istanza di fallimento innanzi alla Chancery Division. Ritengo necessario solo rammentare la ratifica che la moglie richiese nel *Form A* in data 24 aprile 2003, ai sensi del Matrimonial Causes Act 1973, sezione 24, chiedendo la variazione dell’Hickory Trust in un accordo post-matrimoniale. Il marito contestò la giurisdizione della Corte ai sensi della sezione 24 e negò che

l’Hickory Trust fosse un accordo nuziale. In alternativa confidava sulle clausole dell’accordo che assegnavano la giurisdizione in via esclusiva ai giudici di Jersey, indicando nella legge di Jersey la legge regolatrice dell’accordo, confidando altresì sulle norme di cui al Recognition of Trusts Act 1987 che aveva introdotto nell’ordinamento giuridico inglese le norme della Convenzione de L’Aja applicabile ai trusts ed al loro riconoscimento.

[4] Queste istanze furono discusse avanti il giudice Wilson in tre giorni di udienza a partire dal 1° marzo 2004. Questi emise la sua decisione il 2 aprile 2004, rigettando le contestazioni del marito e pronunciando una decisione in base alla quale la corte aveva competenza giurisdizionale e, pertanto, il potere di modificare l’Hickory Trust ai sensi della sezione 24(1)(c) del Matrimonial Causes Act 1973. Non autorizzò inoltre il marito ad appellare e impartì direttive per la futura conduzione del procedimento.

[5] Il 15 aprile 2004 il marito chiese l’autorizzazione a proporre appello ed il 19 aprile disposi che si svolgesse un’udienza orale qualora il permesso fosse stato concesso. Questa udienza ebbe luogo il 29 giugno 2004 poiché il giudice Wilson aveva stabilito 5 giorni di udienza, a cominciare dal 12 luglio, per essere seguiti da ulteriori 5 giorni a far data dall’11 ottobre 2004. Che tali udienze si succedessero dissipando ogni dubbio sulle attività finanziarie della famiglia mi sembra discutibile.

[6] Questa cronistoria del passato e presente e le probabili accessorie domande giudiziali inducono ad una domanda: le spese legali sostenute sono sproporzionate rispetto alla questione trattata? Entrambe le parti, qui, affermano di essere e insolventi e in migliorate condizioni economiche. Tuttavia la domanda giudiziale della moglie riguarda l’accesso da parte del marito a fondi che lo stesso non avrebbe rivelato, venendo meno ai suoi doveri nel presente procedimento e in quello accessorio di insolvenza. La moglie afferma che i proventi derivanti dalla vendita dell’agenzia immobiliare ammontano a circa 250.000 sterline e sarebbero apparentemente pagabili al Hickory Trust. Tali proventi sono destinati, su istanza della moglie, ai sensi della sezione

24, e protetti da un'ingiunzione che la stessa ha ottenuto onde evitare che il liquidatore compia qualsivoglia pagamento a favore di persone non creditrici. In tali circostanze ho chiesto il conteggio di tutte le somme spese e verosimilmente da spendersi nelle procedure pendenti. Esamino prima i costi dei procuratori. La memoria della moglie fu depositata il 25 giugno, un giorno lavorativo prima di quello stabilito. Essa non conteneva richieste di direttive alla Corte, come, ad esempio, se fosse opportuno designare un avvocato, ed al termine della giornata discutemmo se fosse necessaria o meno l'assistenza di un avvocato, considerato che il curatore può rifarsi in minima parte ad argomentazioni legali. Mr Emanuel spiegò che il curatore non aveva ricevuto una consistente parte dei documenti giudiziali e che la sua decisione di prendervi parte è stata determinata anche dal voler comprendere meglio su cosa vertesse la questione. Successivamente, egli, molto responsabilmente, rinunciò alla sua parcella relativa al 29 giugno.

In queste circostanze, i costi del conciliatore fino ad oggi ammontano a 7.000 sterline.

In prospettiva, i costi per le future udienze innanzi alla Family Division ammontano a circa 27.500 sterline, se il coinvolgimento del curatore è limitato a 2 giorni, o approssimativamente a 42.000 sterline senza tali limitazioni.

[7] Le cifre paragonabili relative ai costi della moglie sono ad oggi di 175.000 sterline, ma potrebbero aumentare di ulteriori 112.385 sterline. Dei costi di cui ad oggi ella è esposta, circa 90.000 sterline sono finanziate pubblicamente.

[8] Le cifre paragonabili per il marito sono 217.000 sterline ad oggi, e potrebbero aumentare di ulteriori 36.000 sterline (oltre IVA). Dei costi maturati fino ad oggi, 107.000 sterline sono finanziate pubblicamente.

[9] Queste cifre parlano da sole. Spero che la Legal Services Commission ne prenda nota.

[10] La sentenza del giudice Wilson della Family Division è pubblicata in [2004] 2 WLR 1467. Non dubito che egli ebbe ragione ad emettere la motivazione che rese. Io comunque ragionerei diversamente

nella conclusione, in parte perchè le motivazioni addotte dal convenuto in appello sono più ampie di quanto fossero prima. Nella memoria del convenuto del 22 giugno 2004 furono infatti proposti i seguenti ulteriori motivi:

“Per ciò che concerne il conflitto di leggi, l'istanza dell'attore di modificare l'Hickory Trust dovrebbe essere determinata dal riferimento al Divorce Law of England and Wales, e non con riferimento al Recognition of Trusts Act 1987”.

[11] Emerge dal paragrafo 14 dell'argomentazione di Mr Le Grice QC che:

“L'esatta caratterizzazione della materia dimostra che la Corte tratta dei poteri delle corti divorzili, piuttosto che della “validità, interpretazione, effetti e amministrazione di un trust”. Di conseguenza, le norme di conflitto inglesi relative alle questioni finanziarie successive al divorzio, prevalgono”.

[12] Prima di giungere ad argomentare le mie conclusioni, è necessario rammentare la rilevante documentazione statutaria e le cruciali disposizioni dell'Hickory Trust. Procederò quindi riassumendo le tesi di Mr Francis QC e di MR Le Grice, e alla fine esporrò le mie conclusioni.

[13] Le materie del contendere sono rappresentate dal Matrimonial Causes Act 1973 e dal Recognition of Trusts Act 1987. È necessario riportare solo la parte della sezione 24 Matrimonial Causes Act 1973 secondo la quale:

“(1) Nell'emettere un decreto di divorzio, di nullità del matrimonio, o di separazione giudiziale, o in qualsiasi momento successivo (e, in caso di decreto di divorzio o di nullità di matrimonio, prima o dopo che esso diventi definitivo) la corte può emettere uno qualsiasi, o più di uno, dei seguenti ordini, ovvero: (a) un ordine in base al quale uno dei due coniugi trasferisca all'altro, o a qualsiasi figlio o, ad esclusivo beneficio del figlio, a quella persona che sarà individuata nel provvedimento, un determinato patrimonio, trattandosi di patrimonio intestato al primo menzionato coniuge, sia a titolo di possesso sia dal quale percepisca un godimento o utilità; (b) un provvedimento di assegnazione di tale proprietà come individuata, trattandosi di proprietà intestata all'altro coniuge, come ritenuta dalla cor-

te soddisfacente per il beneficio dell'altro coniuge o della prole o di qualsiasi fra essi; (c) un provvedimento variabile a beneficio dei coniugi o della prole o di qualsiasi fra essi, sia precedente sia successivo all'accordo matrimoniale concluso fra i coniugi (contenuto in un testamento o in un codicillo testamentario) che non sia l'accordo pensionistico (secondo il significato della sezione 25D che segue); (d) un provvedimento di estinzione o di riduzione dei diritti di uno qualsiasi fra i coniugi che derivano dal suddetto accordo che non sia l'accordo pensionistico (secondo il significato della sezione 25D che segue)”.

L'ipotesi di provvedimento ai sensi della lettera (a) di cui sopra, considerate le limitazioni imposte dalle sezioni 29(1) e (3) di cui sotto, sottopone l'ordine di trasferimento della proprietà in favore della prole al raggiungimento da parte di questa dell'età di 18 anni.

[14] Lo scopo principale e l'effetto del Recognition of Trusts Act 1987 è di introdurre nel nostro diritto positivo la Convenzione de L'Aja sulla legge applicabile ai trusts ed al loro riconoscimento. Conseguentemente è necessario citare solamente una parte della sezione 1, secondo la quale:

“1. Legge applicabile e riconoscimento dei trusts.-

(1) Le norme della Convenzione enunciate nell'Allegato di questa Legge avranno valore di legge nel Regno Unito.

(2) Queste norme devono, in quanto applicabili, avere effetti non soltanto in relazione ai trusts descritti negli articoli 2 e 3 della Convenzione ma anche in relazione a qualsiasi altro trust o accordo concernente la proprietà derivante dalla legge di qualsiasi parte del Regno Unito o in forza di un provvedimento giudiziario sia del Regno Unito sia di qualsiasi altro luogo.

(3) In ossequio agli articoli 15 e 16, tali norme di legge, così come sono enunciate, devono, per i fini ivi specificati, applicarsi ad esclusione delle altre norme della Convenzione”.

[15] Ritornando propriamente alla Convenzione stessa, l'art. 6 stabilisce che il trust sarà retto dalla legge scelta dal disponente e l'art. 8 stabilisce che “la legge specificata dall'art. 6 [...] disciplina la validità del trust, i suoi effetti e l'ammini-

Giurisprudenza

strazione del trust". Ai fini di questa vicenda la norma chiave è l'art. 15 che richiamo integralmente:

"Articolo 15

La Convenzione non ostacolerà l'applicazione delle disposizioni di legge previste dalle regole di conflitto del foro, allorché non si possa derogare a dette disposizioni mediante una manifestazione della volontà, in particolare nelle seguenti materie - (a) la protezione di minori e di incapaci; (b) gli effetti personali e patrimoniali del matrimonio; (c) i testamenti e la devoluzione dei beni successori, in particolare la legittima; (d) il trasferimento del titolo di proprietà e le garanzie reali; (e) la protezione dei creditori in caso di insolvenza; (f) la protezione, per altri motivi, di terze parti che abbiano agito in buona fede.

Qualora le disposizioni del presente paragrafo siano di ostacolo al riconoscimento del trust, il giudice cercherà di realizzare gli obiettivi del trust con altri mezzi giuridici".

[16] L'atto del 18 settembre 1995 si suppone sia stato istituito dalla madre del marito (se fosse realmente la disponente è in discussione). L'originario trustee, una Trust Company di Jersey, fu sostituita con una società collegata a Mr e Mrs Tsirides il 27 gennaio 2003. La somma originariamente trasferita ammontava a 100 dollari americani, ma successivamente venne incrementata con altri rilevanti beni che la moglie afferma derivino dalle congiunte risorse dei coniugi. L'atto poneva in essere un trust discrezionale a beneficio del disponente, dei coniugi, del loro unico figlio, e delle ulteriori diverse persone che il trustee avrebbe potuto successivamente indicare. Il potere del trustee di aggiungere nuovi beneficiari, o revocare quelli già nominati, è soggetto al consenso scritto del guardiano del trust. I coniugi sono stati congiuntamente designati guardiani del trust per la durata della loro vita in comune. Tuttavia il marito aveva il potere di rimuovere il trustee e di designarne il successore. La sezione 3 dell'atto concerne la legge applicabile e la giurisdizione come segue:

"3.1 Ai sensi della Clausola 22 di cui al presente atto, questo Trust è governato dalle leggi del Bailwick di Jersey e i diritti di tutte le parti, l'interpretazione e gli effetti di ciascuna e di tutte le norme di cui al presente atto, saranno rette e interpre-

tate solo conformemente alle leggi di Jersey, che è la legge applicabile al presente atto (qui di seguito denominata "la Legge Applicabile").

3.2 Ai sensi della Clausola 22 di cui al presente atto, questo Trust è soggetto all'esclusiva giurisdizione della Royal Court del Bailwick di Jersey che è il foro per qualsiasi controversia da esso derivante (qui di seguito denominato "il Forum").

[17] L'atto dell'8 Gennaio 2001 del Trustee Blevins Franks Ltd di Sliema, Malta, con il quale vengono revocati i coniugi dalle posizioni beneficiarie, fu reso nella forma apparentemente corretta.

[18] Secondo il primo motivo di appello l'Hickory Trust cessò di essere un accordo post-nuziale dalla data in cui vi fu l'atto di revoca dei coniugi dalla qualifica di beneficiari. In base al terzo motivo qualsiasi istanza di modifica dell'Hickory Trust doveva essere presentata alla Royal Court di Jersey, in ossequio alla clausola 3.2 dell'atto di trust. Alternativamente, si sostiene che l'istanza di modifica della moglie avrebbe dovuto essere presentata in accordo con le leggi di Jersey, ai sensi della clausola 3.1 dell'atto di trust. Queste sono le questioni sollevate dall'appellante.

[19] Il punto essenziale della tesi di Mr Francis è che il trust sia esplicito nelle statuizioni che riguardano la giurisdizione e la legge applicabile. Qualunque domanda deve essere promossa a Jersey. Alternativamente, questa corte deve applicare la legge di Jersey nel decidere qualsiasi questione. L'Articolo 27 del Matrimonial Cause Law 1949 (Jersey) conferisce al giudice che emette il decreto di divorzio, il potere di "variare o modificare [...] qualsiasi accordo post-nuziale [...] fra i coniugi". Mr Francis, pertanto, ritiene che il paragrafo 3.2 dell'atto richieda che l'appellante proponga la sua doglianza al giudice di Jersey. Alternativamente, che il giudice Wilson fosse vincolato ad applicare l'art. 27 della legge di Jersey, invece che la sezione 24 del Matrimonial Cause Act 1973, conferendo il dovuto riconoscimento al paragrafo 3.1 dell'atto.

[20] Mr Francis ritiene che queste siano le conseguenze dell'applicazione della sezione 1(1) del Recognition of Trusts Act 1987 e degli artt. 6 e 8 della Conven-

zione. L'art. 15, secondo la posizione di Mr Francis, permetterebbe solo l'applicazione della legge di conflitto inglese nelle sei fattispecie elencate dall'art. 15 e che l'art. 15 (b) (effetti personali e patrimoniali del matrimonio) non possa estendersi alle conseguenze finanziarie derivanti dal divorzio. Egli ritiene che la limitazione dell'art. 15 alle sei fattispecie elencate sia un'interpretazione rafforzata dai termini della sezione 1(3) della legge.

[21] Sebbene Mr Francis non sia riuscito ad individuare nessun precedente giurisprudenziale o giurisdizione che supporti le sue motivazioni in questo ambito, egli si rifà al commentario sulla Convenzione scritto dal Professor von Overbeck, alle note scritte del Professor David Hayton e alla edizione attuale di Cheshire e North. Mr Francis respinge completamente i motivi proposti dall'appellato, e ritiene che i precedenti *Nunneley v Nunneley* (1890) 15 PD 186 e *Forsyth v Forsyth* [1891] P 363 siano forzatamente argomentati e la loro rilevanza non sia sopravvissuta all'avvento del Recognition of Trusts Act 1987.

[22] Come caratterizzazione specifica dell'Hickory Trust, Mr. Francis ammette che, alla data dell'istituzione, esso rappresentava un atto post-nuziale. Tuttavia, gli effetti del documento dell'8 gennaio 2001 di revoca dei coniugi sarebbero stati nel senso di eliminare l'elemento nuziale.

[23] Le opposte argomentazioni di Mr Le Grice sono contenute nella sua memoria di appellato. Ciò che oppone sono i conflitti di legge dei trusts (*rule 151* in Dicey e Morris) e i conflitti di legge sugli aspetti finanziari conseguenti il divorzio (*rule 86 (7)* in Dicey e Morris). Chiaramente la presente vertenza deve essere considerata come una questione riguardante gli aspetti finanziari conseguenti il divorzio, disciplinata dalla *rule 86(7)*, e non una questione che riguardi l'atto, disciplinata dalla *rule 151*.

[24] In alternativa, Mr Le Grice sostiene che l'art. 15 della Convenzione permetta l'applicazione delle norme di conflitto del foro in circostanze più ampie delle sei fattispecie enunciate. Quale ulteriore alternativa egli assume che l'art. 15(b) sia chiaramente diretto a sottrarre i trusts dall'operatività della Convenzione

nei contesti di liti accessorie sull'assistenza legale.

[25] A supporto delle sue ragioni, Mr Le Grice richiama il Professor von Overbeck, il Professor Hayton, l'ultima edizione di Dicey and Morris e la decisione della Corte di Giustizia della Comunità europea nel caso *Cavel v Cavel* 143\78 [1979] ECR 1055. Mr Le Grice sostiene, e Mr Francis contesta, che il tenore letterale dell'art. 1 della Convenzione del 1968 sulla Giurisdizione ed Esecuzione dei Giudizi in Materia Civile e Commerciale (Bruxelles I), in base alla quale fu deciso il caso *Cavel*, sia sufficientemente vicino al tenore letterale della convenzione [de L'Aja] per rappresentare un precedente di giurisprudenza utile, in assenza di qualsiasi decisione pubblicata espressamente sull'articolo in questione.

[26] Vengo ora alle mie conclusioni sulle motivazioni della controparte. Non ritengo di poter condividere il precedente che Mr Le Grice propone nella sua memoria difensiva. La caratterizzazione è troppo semplicistica per accettarla. La legge del 1987 non può essere così arrogantemente messa da parte. Se si adatta al Hickory Trust nelle attuali questioni, deve essere opportunamente applicata.

[27] In ogni caso, a mio avviso non vi sono dubbi sulla "legge designata dalle norme di conflitto del foro" nel contesto di una accessoria lite sull'assistenza legale. Nella sua succinta decisione nel caso *Nunneley v Nunneley*, il Presidente stabilì:

"La portata letterale della legge è estremamente ampia. È mia precisa opinione che i poteri conferiti da Essa si estendano agli atti conclusi in altri paesi e secondo la legge di quei paesi".

(L'avvocato aveva tracciato il passaggio dei poteri legislativi, dalla loro prima comparsa nel Matrimonial Causes Act 1859, e la sua principale eccezione era che non vi fossero sostanziali differenze derivanti dal complesso di questi passaggi).

[28] Nel più recente caso del giudice Forsyth Jeune (successivamente Presidente) egli si conformò alla decisione del caso *Nunneley* rigettando l'eccezione che riteneva che l'atto, se da modificare, avrebbe dovuto esserlo secondo la legge scozzese.

Egli affermò:

"*Nunneley v Nunneley* mi sembra

giungere ad una conclusione di integrale portata, tale per cui, qualunque sia la legge applicabile all'atto, l'effetto della sezione 5 del 22 e 23 Vic. c. 61 è di dare a questa corte il potere di modificare l'accordo a sua discrezione secondo i principi esposti in quella sezione".

[29] La tesi di Mr Francis, secondo la quale la corte di Jersey ha l'esclusiva competenza a ricevere la domanda dell'appellante in forza delle previsioni della sez. 3.2 dell'atto, mi sembra essere completamente mal argomentata.

[30] I poteri attribuiti dalla legge al giudice di modificare gli accordi post-nuziali sorgono solo successivamente al decreto di scioglimento o annullamento dello stato matrimoniale. I soggetti non possono scegliere quale giurisdizione determini lo stato di coniugio. I necessari presupposti per invocare tale giurisdizione dipendono dalla residenza abituale, o dal domicilio o dalla nazionalità determinate secondo la legge del foro. Ciascuna delle parti di questo giudizio ha il diritto di invocare la giurisdizione delle corti di Inghilterra e Galles. Ognuno di essi, o entrambi, possono aver avuto il diritto di invocare altre giurisdizioni, ma è lampante che nessuno ha il diritto di invocare la giurisdizione di Jersey in materia matrimoniale. La previsione della clausola 3.2 non può estendersi oltre un'elezione della legge di Jersey nelle questioni quali l'interpretazione o l'operatività dell'atto in questione. Il potere di modifica non ha la sua fonte nel documento ma nel regime matrimoniale dello stato. Parimenti, il diritto di richiedere la modifica deriva non dall'accordo, ma dal regime matrimoniale vigente nella giurisdizione che scioglie il matrimonio. Pertanto la clausola 3.2 non può estromettere o sopraffare l'esercizio da parte della moglie del suo diritto di presentare una domanda ai sensi della sez. 24 della legge del 1973 affinché sia emesso un provvedimento di modifica. La clausola è quindi di nessuna utilità per il marito.

[31] Parimenti non è di nessuna utilità per il marito la clausola 3.1 dell'atto. Una volta che la moglie abbia fissato la giurisdizione della Family Division, la presunzione che il marito possa invocare la legge di Jersey per decidere dell'istanza, ai sensi della sezione 24, presentata dalla

moglie, è completamente errata. È noto che un ricorso può essere annullato solo da una contestazione di giurisdizione o rinviato a fronte di un'eccezione di *forum non conveniens* (n.d.t. regola processuale in tema di conflitti di giurisdizione che ha quale presupposto l'esistenza di due giurisdizioni alternative tale per cui il giudice adito ha il potere di declinare la propria giurisdizione se ritiene che la questione possa essere più convenientemente decisa dal giudice straniero). Una volta in cui il decreto sia stato emesso a fronte del ricorso, tutte le istanze accessorie devono essere esaminate in conformità alla statuizioni della legge del 1973 di riferimento. Diversamente da molte giurisdizioni civili che possono ritenere applicabile una legge straniera, secondo questa giurisdizione è applicabile solamente la legge del foro. Nella specifica istanza di modifica dell'accordo post-nuziale, i precedenti di *Nunneley* e *Forsyth* sono decisivi. Essi sono stati indiscutibili per un secolo e la tesi di Mr Francis che siano irragionevoli, e pertanto non convincenti, erra sulla loro effettiva portata. Il principio che essi enunciano non richiede ulteriori elaborazioni.

[32] Queste conclusioni sono di per sé stesse fatali per questo appello. Comunque, a mio giudizio lo sforzo di Mr Francis di invocare il Recognition of Trusts Act 1987 è ugualmente infondato. Non sono convinto che la emancipazione degli artt. 6 e 8, come statuisce l'art. 15, sia limitata alle sei specifiche fattispecie. Essi sono preceduti dalla massima chiarezza di linguaggio ("con riferimento in particolare alle seguenti materie"). Non considero che la sezione 1(3) fosse intesa o espressa secondo le limitate finalità dell'art. 15. Trovo conforto in questa conclusione nel commentario del Professor von Overbeck, ai paragrafi 138 e 139, dove scrisse:

"138. Da rammentarsi che l'art. 3 rimuove integralmente dall'operatività della Convenzione gli atti posti in essere precedentemente alla creazione di un trust, che sono necessari per la sua stessa creazione. Al contrario, l'art. 15 si rivolge a quelle ipotetiche situazioni nelle quali un trust in essere possa spiegare effetti che siano incompatibili con le norme obbligatorie del foro o della legge di un paese terzo in un settore diverso dai trusts. Il fine era di preservare prima di tutto il diritto sostanziale del foro nei casi in cui vi fossero conflitti di norme designate dalla sua

Giurisprudenza

legge, ma in questi casi il fine è anche di preservare la legge sostanziale straniera come designata dalle norme di diritto internazionale privato del foro.

139. Va enfatizzato che l'elencazione del primo paragrafo dell'art. 14 è esemplificativa. Le norme imperative in materie che non siano elencate possono pertanto ugualmente prevalere sulle norme del trust. Non senza ragione, è stato detto che un giudice contrario può sempre trovare nell'art. 15 un modo per frustrare il trust".

[33] Ugualmente di supporto è il seguente passaggio tratto da Dicey e Morris, "Conflict of Laws" (XIII edizione, 2000), scritto dal Professor David Mc Lean:

"Il potere di una corte divorzile di modificare un accordo posto in essere dalle parti di un matrimonio, in base alla sezione 24 del Matrimonial Cause Act 1973 dopo l'emanazione di un decreto, e ai sensi della sezione 17 del Matrimonial and Family Proceeding Act 1984 dopo un decreto straniero, è previsto dalla Norma 86. È importante che questo potere sia esercitato nel rispetto della legge inglese del foro quale parte di un integrale spettro di poteri esercitabili in questi contesti ed è sottinteso che il Recognition of Trusts Act 1987 non viene meno a questa previsione".

[34] Concludo pertanto che se i poteri statuari di modificare gli accordi durante o dopo il decreto di divorzio non sono ricompresi dalla specificazione dell'art.15, essi sono però e ciò nonostante chiaramente ricompresi nei principi generali secondo i quali "La Convenzione non ostacolerà l'applicazione delle disposizioni di legge previste dalle regole di conflitto del foro, allorché non si possa derogare a dette disposizioni mediante una manifestazione della volontà".

[35] L'interpretazione dell'art. 15 non è immediata. Il Professor David Hayton è un esperto di particolare autorità in questo campo. Egli era il rappresentante del Regno Unito nella negoziazione della Convenzione ed ha pertanto scritto ampiamente sulla stessa. Nel capitolo 3 di International Trust (2002) p. 123 scrive francamente sulle realtà circostanti la redazione del testo della Convenzione:

"Nell'interpretare la Convenzione de L'Aja è importante rammentare che la quasi unanimità su un preciso "bianco e

nero" delle norme in un contesto complesso era impossibile, specialmente in considerazione del tempo ristretto. Spesso una questione problematica veniva percepita dagli avvocati di *common law* in modo tale da dar seguito ad una proposta "X", laddove gli avvocati di *civil law* davano corso alla proposta "Z". Dopo 2 ore di discussione la questione veniva rinviata al comitato redigente per dar corso ad un compromesso "Y" alla luce della discussione e della necessità che la materia venisse resa in lingua francese comprensibile ai civilisti che avrebbero avuto un testo parallelo in inglese.

Ciò ha condotto a curiose norme espresse in lingua inglese ed a questioni messe insieme alla meglio a causa dell'uso del "grigio", con un linguaggio a maglie larghe in grado di poter essere interpretato in modo ristretto o ampio [...]"

[36] Nel suo articolo del 1987 "La Convenzione de L'Aja sulla legge applicabile ai trusts ed al loro riconoscimento" (1987) 36 ICLQ 260 egli introduce l'art. 15 in questo modo:

"L'articolo 15 si occupa di assicurare l'applicazione delle norme imperative della legge applicabile secondo le norme di conflitto del foro che riguardano i beni detenuti in trust, a prescindere da ciò che prevede la legge regolatrice del trust. Ciò comporta che le norme di conflitto della *lex fori* sono da applicarsi alle norme imperative della legge del foro o del luogo in cui si trovano (e in rari casi alla legge del luogo della controversia) con preferenza rispetto alle norme applicabili in quanto legge regolatrice del trust, e.g. se subito prima della morte o del divorzio fu istituito un trust quale tentativo di far venir meno i diritti del coniuge a seguito della morte o del divorzio, o se il trust fu istituito nel tentativo di vanificare i diritti dei creditori sui beni in trust; o se la legge di Manitoban è stata scelta nel tentativo di scavalcare la legge inglese contro gli atti perpetui o contro l'accumulo".

[37] Nell'edizione attuale di Underhill e Hayton, *Laws Relating Trust and Trustee* (XVI edizione, 2003), egli considera a p. 1044 l'interfaccia con la sez. 24 in questi termini:

"È pacifico secondo la sezione 24(1) del Matrimonial Cause Act 1973 che una corte inglese ha il potere di modificare un trust retto dalla legge inglese quando ha

giurisdizione sul divorzio, la nullità o sul procedimento di separazione legale concernenti le stesse parti. La sezione 17 del Matrimonial and Family Proceedings Act 1984 conferisce un potere simile alla corte rispetto ai decreti stranieri. In entrambi i casi, la decisione di modificare è rimessa alla discrezione della corte. La sezione 24 inoltre, prevede un fondamento di competenza a modificare un trust retto da legge straniera. Tuttavia, se una corte con competenza dovesse oggi modificare un trust straniero sorgerebbe una questione governata dalla legge applicabile al trust. L'art. 8(2)(h) della Convenzione sui trust chiaramente enuncia che una legge straniera governa il trust, sono poi le disposizioni sostanziali di tale legge straniera in tema di modifica che dovrebbero essere applicate e non quelle della legge inglese. Deve seguirne che è alla legge applicabile al trust che la corte inglese deve guardare per prima quando decide se modificare il trust".

[38] La mia difficoltà nell'accettare quella proposizione è che il paragrafo non considera gli effetti dell'art. 15.

[39] In fine, ci riferiamo all'articolo del Professor Hayton "The Hague Convention on Trusts: a Little is Better than Nothing but why so Little", (1994) 3(1) *Journal of International Trust and Corporate Planning* 23-29, ove l'autore tratta dell'art. 15 in questi termini:

"L'art. 15 poi preserva le posizioni persistenti, a prescindere da quale legge sia applicabile al trust per assicurare che una giurisdizione di *trust law* non prevalga sulle norme imperative di altra giurisdizione (sia essa *civil law* o *common law*) nel caso in cui tale sostanziale legge domestica sia applicabile conformemente alle previsioni di legge che regolano il foro. Tali norme imperative riguardano materie quali: l'insolvenza, il regime patrimoniale del matrimonio, il trasferimento del titolo di proprietà con la protezione accordata ai cessionari terzi di buona fede, le norme imperative in materia di successione; queste norme possono condurre alla legge del foro o alla legge dove i beni si trovano o dove la successione è stata aperta, dovendosi applicare interamente o parzialmente per sciogliere gli effetti del trust sui beni all'interno del foro."

[40] Il commentario del Professor

Hayton è, secondo la mia opinione, non conclusivo sui punti della domanda del presente appello, per la semplice ragione che non sono stati direttamente sollevati.

[41] Concludo questa panoramica di opinioni accademiche citando l'equilibrata valutazione che si trova nell'attuale edizione di Cheshire and North, *Private International Law* (1999) p. 1043:

“Esiste un potere della Corte Inglese, quando emette un decreto di divorzio, nullità o separazione legale, o in qualsiasi momento dopo il decreto, di modificare qualsiasi accordo sui beni mobili o immobili posto in essere dai coniugi, sia esso antecedente o successivo al matrimonio. La corte può altresì estinguere o ridurre i diritti di uno dei coniugi derivanti da detto accordo. Laddove la corte abbia giurisdizione nel principale procedimento di divorzio, nullità o separazione giudiziale, ha anche la giurisdizione in ordine a tale modifica. Tuttavia questa applicazione della legge inglese come legge del foro non è stata limitata agli accordi retti dalla legge inglese o riguardanti patrimoni che si trovino in Inghilterra. Per esempio in *Nunneley v Nunneley and Marrian*, la Corte inglese modificò un accordo concluso in Scozia e riguardante beni mobili e immobili scozzesi. Questo potere è ora limitato dal Recognition of Trusts Act 1987 agli atti retti dalla legge inglese? Sarebbe certamente indesiderabile che il potere di una corte in un procedimento in materia di famiglia fosse limitato dalla scelta di legge prevista nel Trusts Act del 1987; e l'esclusione di queste norme potrebbe essere ben supportata dal riferimento all'art. 15, che consente al foro inglese di applicare le sue norme in tema di conflitti di legge, ciò in sostanza conduce all'applicazione della legge sostanziale del foro o *inter alia* a “gli effetti personali o patrimoniali del matrimonio”.

[42] In fine, dovendo dare una interpretazione dell'art.15(b), preferisco le argomentazioni di Mr Le Grice. Il linguaggio del sottoparagrafo è troppo impreciso per escludere il potere, legislativamente previsto, di variare accordi post-nuziali al termine del matrimonio. Ne sussistono i due essenziali elementi: il rapporto di matrimonio delle parti dell'atto di trust e la rottura dello stesso, e la necessità della modifica. Tale interpretazione di inclusione è in sintonia con il buon senso e con la

nostra tradizione giuridica. Ugualmente evita un gran numero di complicazioni e possibili ingiustizie che potrebbero derivare da un'interpretazione di esclusione.

[43] A fatica devo inoltre aggiungere altro ma, se necessario, accetterei anche l'argomentazione in ordine all'importanza del parallelo linguaggio di Brussels (“Questa convenzione non si applica ai [...] diritti di proprietà derivanti dai rapporti di matrimonio”) e alla rilevanza della decisione nel caso *De Case*.

[44] La seconda e diversa domanda di appello riguarda puramente la legge inglese: l'Hickory Trust era un accordo post-nuziale ai sensi della sez. 24 della legge del 1973 alla data di riferimento? L'appellante ammette che costituiva accordo post-nuziale fino al momento in cui non vi è stata la revoca dei coniugi dalla qualifica di beneficiari; la sola questione è se tale revoca elimina il requisito nuziale e con esso il potere della corte di modificare l'atto. Condivido la visione del giudice Wilson per la quale in tale modo si andrebbe contro qualsiasi buon senso. Dobbiamo impedire che venga introdotto un altro sfuggente stratagemma nel campo del contenzioso, dove lo stratagemma abbonda, e dove non c'è mai stata nessuna scorciatoia alla lite che facilmente giustificasse l'adozione delle parti di opinabili tattiche. Tuttavia non concordo che l'atto di trust, che era nuziale quando fu posto in essere, mantenga questa essenziale caratteristica qualunque cosa accada. È facile addurre come esempio il capo di una famiglia che abbia posto in essere un numero di atti per preservare la fortuna di famiglia attraverso due o più generazioni. Questo schema può nella prima fase includere disposizioni nuziali per i suoi figli, le loro mogli e la loro discendenza. Tuttavia, nella fase più tarda gli eventi della famiglia o i cambiamenti fiscali potrebbero indurlo a rivedere radicalmente lo schema, e così facendo rimuovere particolari disposizioni per un figlio, la moglie o la prole, compensando questi con altri anticipi o garanzie. Pertanto, se la revoca del coniuge dalla classe dei beneficiari elimina o meno gli elementi nuziali dell'accordo deve dipendere, a mio giudizio, dai fatti e dalle circostanze del caso individuale.

[45] Nel caso di specie i fatti chiaramente indicano che l'elemento nuziale

dell'Hickory Trust non è venuto meno dallo strumento adottato l'8 gennaio 2001. Le parti rimangono congiuntamente guardiani del trust. La loro prole rimane beneficiaria del trust. La revoca è apparentemente motivata dal desiderio di preservare i beni dalle pretese che sarebbero potute arrivare dai creditori del coniuge. Le parti possono ritornare nella classe dei beneficiari. I poteri congiunti di guardiano sono ampi. Ogni decisione del trustee di distribuire o accumulare richiede il consenso del guardiano ai sensi delle clausole 8 e 22 dell'atto di trust. Di conseguenza, la revoca delle parti è chiara prova che il marito ha sostanzialmente beneficiato dall'Hickory Trust, ricevendo capitali necessari alle proprie attività.

[46] Tornando ora ai precedenti giurisprudenziali, la sentenza di Romer LJ nel caso *Prescott (otherwise Fellowes) v Fellowes* [1958] P 260 fornisce un'introduzione pertinente. Questi afferma ([1958]3 All ER 55 a p. 62-63, [1958] 260 a p. 281):

“Poiché l'atto non attribuiva nessuna proprietà ai trustees e non creava successivi diritti legali o beneficiari, lo stesso non aveva nessuno degli attributi degli accordi tipici dei professionisti per il trasferimento della proprietà. Prevede tuttavia, fin da quando posto in essere, con decisioni che sono vincolanti su questa corte, che una disposizione di proprietà possa rappresentare un “accordo” ai fini della sezione 25 del Matrimonial Cause Act 1950, nonostante non venga considerato accordo sulla proprietà per ogni altro fine. La liberalità con la quale questa legislazione è stata interpretata è sufficientemente esemplificata da *Bosworthwick v Bosworthwick* [1927] P 64, [1926] All ER Rep. 198. In quel caso una moglie diede esecuzione, pochi anni dopo il matrimonio, ad un patto che assicurava a suo marito una rendita vitalizia. Il matrimonio si concluse nel 1925 e la moglie chiese al giudice che emettesse un provvedimento di estinzione della sua responsabilità discendente dal patto. Questa corte, confermando la decisione di Lord Merrivale, ritenne che il patto fosse un accordo post-nuziale ai fini della sez. 5 del Matrimonial Cause Act 1859 e della sez. 192 del Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act 1925; l'istanza della moglie ebbe successo. Nel corso del suo giudizio, il giudice Romer, membro di questa corte,

Giurisprudenza

disse (ibid a p. 72) che il precedente giurisprudenziale stabiliva “[...] qualora il marito abbia provveduto per sua moglie, o la moglie per il marito, gli eventuali pagamenti periodici equivalgono ad un accordo ricadente nella sezione. Questa sembra essere un’interpretazione veramente liberale della norma, ma ritengo che non vi sia interpretazione più liberale da poter dare avuto riguardo agli ovvi fini per i quali era stata prevista dal legislatore”.

[47] Il caso *Compton v Compton* [1960] 2 All ER 70, [1960] P 201 fornisce una buona indicazione di come il potere di controllo possa essere opposto alla titolarità del beneficio ([1960] 2 All ER 70 AT 75-76, [1960] P 201 a p. 210):

“Il primo punto esaminato dall’avvocato della moglie è fondamentale. Egli ha ritenuto che i 4 accordi in questione non siano accordi post-nuziali conclusi dalle parti il cui matrimonio è l’oggetto del decreto.”

Questa argomentazione fu fatta avanti il cancelliere ma successivamente abbandonata prima che l’udienza si concludesse. È stata comunque reiterata avanti a me, e devo quindi occuparmene. Se egli avesse avuto ragione, questa corte non avrebbe giurisdizione per adottare nessun provvedimento in questo procedimento. Non ho dubbio alcuno nell’affermare che tale ar-

gomentazione è sbagliata. Si tratta, infatti, di accordi sulla proprietà posti in essere nel corso del matrimonio e riguardano i diritti della prole. Nella disposizione sul patrimonio a beneficio di ciascun bambino, la convenuta moglie ha avuto voce in capitolo sia come trustee sia nel potere di designazione, nonostante fosse il marito a fornire tutto il danaro. Ai sensi dell’atto essa ha anche rispetto alle figlie un diritto immobiliare di reversione quale beneficiaria. Un accordo può disporre sia circa il potere dei coniugi a seguito del trasferimento, sia circa il patrimonio stesso.

[48] Mr Francis confidava molto sul paragrafo introduttivo del discorso di Lord Nicholls in *Brooks v Brooks* [1995] 3 FCR 214, [1995] 3 All 257 in cui, nel definire un accordo matrimoniale, precisava:

“Nel Matrimonial Cause Act 1973 l’accordo non è definito, ma il contesto della sez. 24 fornisce qualche indizio. Alcuni indizi del tipo di disposizione che riguardano la sezione possono essere ragionevolmente identificati con facilità. La sezione tratta di un accordo “fatto dalle parti di un matrimonio”. Così ampiamente previsto, la disposizione deve essere quella che prevede alcune forme di statuzione continuata per entrambi o per uno dei coniugi, con o senza previsioni per la

prole” (vedi [1995] 3 FRC 214 a p. 219, [1995] 3 All ER 257 a p. 263).

[49] Questa è naturalmente una incontestabile generalizzazione che era perfettamente sufficiente per le necessità del caso portato innanzi alla corte. È a mio giudizio irrealistico suggerire che sia conclusivo un punto che non lo era per la Corte e che non sia confermato da precedenti giurisprudenziali. Le parole estrapolate dal contesto fornisco un inconfidente fondamento alle argomentazioni di Mr Francis, particolarmente perché sono diverse dai fatti e dalle circostanze che riguardano l’Hickory Trust.

[50] Per queste ragioni io condivido la conclusione del giudice Wilson. Tuttavia, data la novità e difficoltà delle questioni, concederei il permesso di ricorrere, ma rigetto questo appello. Verbalizzo che la memoria dell’appellante è stata predisposta da Mr Scott QC che difese in primo grado. È stata esposta da Mr Francis che è comparso avanti questa corte in sua sostituzione.

(omissis: gli altri giudici concordano)

DISPOSITIVO
Appello rigettato

Quattro sentenze sui trust “sham”

Jersey – Royal Court

①

Trust – “sham” – nozione – riconoscimento in Jersey di sentenza inglese – “doctrine of comity”

Royal Court (Samedi Division), P. Bailhache, Bailiff, Le Breton, Clapham, giurati, 20 luglio 2005 [C I Law Trustees Limited, Folio Trust Company Limited v M. R. Minwalla, D. C. Minwalla, J. and F. Minwalla, Standard Chartered (Jersey) Limited, HM Attorney General, In the matter of C I Law Trustees Limited and Folio Trust Company Limited as trustees of the Fountain Trust]

Il giudice di Jersey può disporre il riconoscimento e dare esecuzione alla sentenza inglese che abbia dichiarato sham un trust sottoposto alla legge di Jersey, e disposto al contempo che i trustee provvedano a trasferire i beni segregati al coniuge del disponente, pregiudicato dalla istituzione del trust, qualora i trustee abbiano accettato la giurisdizione inglese, consci della possibilità che venisse emesso un provvedimento che avrebbe inciso sul trust, e possa essere applicata la “doctrine of comity”.

Testo della Sentenza

Introduction

1. This matter comes before the Court following a representation by CI Law Trustees Limited and Folio Trust Company Limited (“the Trustees”) as Trustees of the Fountain Trust, seeking directions as to how to respond to a judgment in the Family Division of the High Court of Justice in England setting aside the Trust as a sham and ordering the Trustees to transfer the trust assets to the petitioner in the matrimonial proceedings Meher Darayus Minwalla (“the wife”).

2. Case management hearings were conducted before the Bailiff on 26th May and 20th June 2005. A number of orders were made. Darayus Cyrus Minwalla, the first respondent in the matrimonial proceedings before the High Court (“the husband”) and Jamsheed and Framji Minwalla (“referred to individually as “Jamsheed” and “Framji” and collectively as “the beneficiaries”) were granted leave to intervene, the husband upon condition

that £20,000 was paid into court as security for the costs of the wife. On 26th May the Bailiff released Advocate Hanson as guardian *ad litem* for Hormazd Minwalla from further appearance on the ground that his interests would effectively be represented by counsel for the beneficiaries. The Bailiff determined that the essential issue for consideration was whether, as a matter of comity, the Royal Court should enforce the judgment of the High Court delivered by Singer J on 3rd December 2004 (“the judgment”). The Bailiff ordered the Trustees to remain neutral and not to participate in the argument between the wife and the other parties to the proceedings.

3. When the hearing opened on 4th July, Standard Chartered (Jersey) Limited (“Standard Chartered”) and the Attorney General, on behalf of the government of Pakistan, were granted leave to intervene, but agreed, on terms that their respective positions would not be prejudiced, not to participate in the argument. An application by Messrs. Cowasjee Minocher Cowasjee, Mehmood Haji and Sheikh Sultan Al-Qasimi for leave to intervene on the ground that they were creditors of a company or companies forming part of the underlying assets of the Fountain Trust was refused.

4. In the opening paragraph of the judgment, Singer J described the wife’s claim for relief as raising important issues. The judge stated:-

“The first [issue] is the approach that the court should adopt where it finds (as I do here in relation to Darayus Cyrus Minwalla, familiarly known as Happy Minwalla, the husband) that a party has set out to conceal resources and obstruct proper investigation of their financial affairs, a subject only recently considered by Coleridge J in *J v V* [2003] EWHC 3110 (Fam) [2004] 1 FLR 1042 at [127] and [130]. Second, the virtue of international co-operation in the investigative process where the finances under review are conducted behind a web of off-shore

structures. Third, the approach which those involved should expect of the court where it appears that an off-shore trust with its professional trustees and associated companies with their sometimes cipher directors have been woven together to create a shroud that is designed to bury the husband’s resources from view. Should the court respect the legal structure of that screen? Or, if it becomes apparent that the husband himself pierces the veil as and when it suits him, should the trustees and directors be surprised that a court exercising the ancillary relief jurisdiction will strain to see through the smoke and will set the structure aside so as to treat the resources as wholly his? For that is what he and they should expect where fairness to both spouses depends so crucially on an accurate understanding (following what should be clear and accurate disclosure) of the realities of each party’s economy”.

5. We agree entirely with the view that parties to matrimonial proceedings should not be permitted, by obstruction and manipulation, to prevent a proper assessment of their respective financial positions, and thereby to inhibit a fair division of family assets. This application raises equally important issues however in this jurisdiction as to how the Court should respond to the assertion by courts

Nota:

Riproduciamo il testo della sentenza dal sito internet del Jersey Legal Information Board. Manca il “Sommario” poiché i fatti sono stati ampiamente narrati da I. Valas, *supra*, 239. Nel testo delle sentenze sono citati più volte alcuni precedenti riportati in questa Rivista. Si tratta, in particolare, di: *Snook v London and West Riding Investments Limited*, *infra*, 286; *Re Abacus (CI) Ltd. (trustee of the Esteem Settlement) Grupo Torras SA and another v Al Sabah and others*, in questa Rivista, 2004, 414; *Abdel Rahman v Chase Bank (C.I.) Trust Company Limited and five others*, *ivi*, 296; *Midland Bank plc v Wyatt*, in questa Rivista, 2003, 299; *In the matter of the Rabaiotti 1989 Settlement and other settlement*, in questa Rivista, 2002, 62.

Giurisprudenza

outside Jersey of power to determine issues relating to trusts governed by Jersey law.

The English judgment

6. The judgment was given in matrimonial proceedings which were, initially at any rate, hotly contested and difficult. The judgment was, as one would expect, comprehensive and thorough and included a number of findings which were trenchantly expressed. The judge found –

i. that the Trustees' conduct left a great deal to be desired;

ii. that the Fountain Trust was a sham and that "the Trustees were privy to the sham, at least in the sense that they went along with the intentions of [the husband]";

iii. that the husband had been uncooperative and obstructive and contemptuous of his obligation to make full and frank disclosure;

iv. that in respect of general maintenance for the wife, the husband had paid £3,250 in June 2004 but had otherwise ignored the orders of the English court as to maintenance pending suit;

v. that the husband was a very wealthy man with assets of at least US\$ 25,000,000, whereas the wife had net debts of about £45,000 (ignoring substantial outstanding legal fees);

vi. that the husband was motivated by ill-will towards the wife and determined to cause her to incur significant legal costs in pursuing her legitimate claim against him;

vii. that the husband's evidence was untrustworthy and undeserving of belief.

The judgment awarded £4,185,000 to the wife. None of that has been paid.

7. In order to arrive at the figure awarded to the wife, the English court had been assisted, as it found, by evidence taken in Jersey from Mr. Nicholas Morgan, an English solicitor and the principal behind the Trustees, pursuant to Letters of Request. That evidence revealed that the assets of the Fountain Trust were the issued shares of DM Investments SA ("DM") and Midfield Management SA ("Midfield"). Both these companies are registered in Panama. DM appears to have cash of approximately US\$ 800,000. Midfield owns Flat 2, 55 Portland Place, London with a net equity of about £570,000 after

deduction of debts due to Standard Chartered and Sheridans, a firm of English Solicitors.

8. The material part of the order of the English court was in the following terms:-

"2. The settlement known as the Fountain Trust be set aside as being a sham trust, to the effect that (and it is declared as follows):

a. The [husband] is the beneficial owner of all the issued share capital in DM Investments SA; and

b. The [husband] is the beneficial owner of all the issued share capital in Midfield Management SA;

and that the shares in those companies are held by the [Trustees] on bare trust for the [husband].

3. The [husband] do forthwith transfer or cause to be transferred to the [wife]

a. all the issued share capital in DM Investments SA; and

b. all the issued share capital in Midfield Management SA.

4. Subject to any contrary requirement of Jersey law, CI Law Trustees Ltd (the Fourth Respondents):

a. do take all such steps as may be necessary to effect the transfers of the shares provided for by paragraph 3 above;

b. do deliver up to the [wife] all and any bearer shares for those 2 companies;

c. do deliver up to the [wife] all and any share certificates for those 2 companies and execute such stock transfer instrument as may be necessary;

d. if and to the extent they are requested to do so by the [wife], do facilitate the execution of new bank mandates, the appointment of new directors and, if necessary, the appointment of a new management company in Panama for those 2 companies;

e. do take all such other steps as may be appropriate to place the companies under the control of the [wife], as their sole beneficial shareholder; and

f. if so requested by the [wife], do transfer the property at 2/55, Portland Place, W.1 into the sole name of the [wife] (as provided for by paragraph 5 below); [who, for the avoidance of doubt, shall be liable for any stamp duty and for the conveyancing costs (limited to £500 plus VAT and disbursements)].

5. The property known as 2/55 Portland Place, W.1 be transferred into the sole name of the [wife] subject only to

a. the mortgage thereon in favour of Standard Chartered (Jersey) Ltd; and

b. the charge effected by the charging order in favour of Sheridans.

6. Such interest as the [husband] may have (whether owned directly or through the Fountain Trust, or through [DM] or the [Midfield]) in the chattels at 2/55, Portland Place be transferred by him to the [wife]."

The application of the wife

9. Counsel for the wife submitted that the judgment should be recognised and enforced on two alternative bases –

i. pursuant to the provisions of the Judgments (Reciprocal Enforcement) Jersey Law 1960 ("the 1960 Law") or

ii. as a matter of comity.

We think that, for a number of reasons, the first basis is a shaky foundation for the application but, one consideration seems to us to be fatal. Even if the judgment were capable of registration under the 1960 Law (and we find that it is not) it would not be capable of execution as a money judgment because what the wife seeks are orders addressed to the Trustees of the Fountain Trust. We turn to the question of comity which is generally acknowledged to be an "elastic concept".

10. In *Lane v Lane* 1985-1986 JLR 48, the Court considered an application for the recognition and enforcement of a judgment of the English court in relation to a property in Jersey. The Court held that where there was a declaration of a competent English court, not appealed, the doctrine of comity required that effect be given to the order of the English court, provided that it was clear the defendant had had every opportunity to raise all relevant defences at the hearing. The Court examined the doctrine of comity and found it to be based upon the concept of *équité* which was similar to but wider than the English concept of equity. The Court adopted a definition in the *Dictionnaire de Droit et de Pratique* by De Ferrière in the following terms :-

"EQUITE, est un juste tempérament de la Loi, que en adoucit la rigueur, en considération de quelques circonstances particulières du fait.

Ainsi cette équité est un juste retour au droit naturel, en retranchant les fausses & rigoureuses conséquences qu'on veut tirer de la disposition de quelque Loi, par

une trop rigoureuse explication des termes dans lesquels elle est conçue, ou par de vaines subtilités qui sont évidemment contraires à la Justice, & à l'intention du Législateur.

Cette équité, qui doit être la règle de la Justice, doit être préférée à la disposition de la Loi même, lorsque la question qui se présente à juger n'est pas expressément décidée par la Loi, ou que le sens & les paroles de la Loi peuvent, à cause de leur ambiguïté, recevoir quelque interprétation".

Crill, Deputy Bailiff (as he then was) concluded –

"In our view, the word equity in Jersey corresponds mainly to the French équité – in other words a question of fairness".

11. *Lane v Lane* was followed in *Compass Trustees Ltd. as Trustee of the Eiger Trust v McBarnett and Others* 2002 JLR 321 where the Trustee of a Jersey settlement applied for directions following an order of the English court. The sole asset of the Eiger Trust was the matrimonial home in England of the settlor and his wife. After a decree nisi, the High Court held that the trust was a post-nuptial settlement which was capable of variation under the Matrimonial Causes Act 1973, and that it was in the interests of justice to vary the settlement to allow a capital distribution to be made to the wife by way of financial provision. The Trustee advised the High Court that it would not give effect to any order until authorised by the Royal Court. The wife applied to the Royal Court which overruled the objections of the other beneficiaries and, in accordance with the doctrine of comity, gave effect to the order of the English court. Le Cras, Commissioner, stated, at page 325 –

"8. Finally, the learned judge comes to the following conclusion:

"If the settlement is not varied, the wife will have none of the matrimonial assets. It is true that I could create a petition of the trust with the wife as a life tenant but this would give the wife no capital interest and, upon ceasing to be the settlor's wife, she would no longer be a beneficiary under the existing trust. I toyed with the idea of dealing with it in this way.

However, in the light of the circumstances of this case, the disadvantage caused to the remaining beneficiaries by varying the trust does not outweigh the

injustice caused to the wife by leaving her without a capital interest. It is therefore necessary for the settlement to be varied to do justice to the wife's case. Of course, only the Royal Court in Jersey will vary it, and the Jersey advocate has led me to believe that they will'.

9. In reading this, the court takes the view that where the learned judge says that "only the Royal Court in Jersey will vary it", he meant "will" in the sense of "capable of" or "is able to" rather than in the sense of "must". On this interpretation, no possible offence can be taken."

12. Counsel for the wife accordingly invites us to give effect to the judgment of Singer J on the basis of comity. A number of objections to this invitation were raised by counsel for the husband and for the beneficiaries and we will deal with those below. There is, however, a more fundamental objection with which it is convenient to deal at this stage.

Sham Trust

13. Singer J held that the Fountain Trust was a sham trust. He referred to observations of Diplock LJ in *Snook v London and West Riding Investments Limited* [1967] 2QB 786 which suggested that in order for the court to conclude that a document or transaction was a sham it was necessary that all the parties to it should have a common intention that the "documents are not intended to create the legal rights and obligations which they give the appearance of creating". He also referred to further observations of the trial judge in *Midland Bank plc v Wyatt* [1985] 1 FLR 696 in the following terms –

"[...] I do not understand Diplock LJ's observations regarding the requirement that all the parties to a sham must have a common interest to be a necessary requirement in respect of all sham transactions. I consider a sham transaction will still remain a sham transaction even if one of the parties to it merely went along with the shammer not either knowing or caring about what he or she was signing. Such a person would still be a party to the sham and could not rely on any principle of estoppel such as was the case in *Snook*, the defendant there not being a party to the transaction at all".

14. The learned judge suggested that support for this analysis could be gleaned from the judgment of Arden LJ in *Hitch v*

Stone [2001] STC 214 where she stated at 234 –

"In my judgment, the law does not require that in every situation every party to the actual document should be a party to the sham".

15. It appears however that Singer J was not referred to *Shalson v Russo* [2003] WTLR 1165 in which the judgment of Birt, Deputy Bailiff, in *Grupo Torras SA and another v Sheik Fahad Al Sabah and others* 2003 JLR 188 ("re *Esteem Settlement*") was cited and regarded, (as a matter of English law) as correct in principle and in line with the guidance given by the English Court of Appeal in *Snook and Hitch v Stone*. In *re Esteem Settlement*, this Court held that, in order for a trust deed to be a sham, both the settlor and the trustee must subjectively have a common intention that the trust deed is not to create the legal rights and obligations which it gives the appearance of creating; it is not sufficient that the settlor alone has such an intention. *Re Esteem Settlement* has been followed in *MacKinnon v Regent Trust Company Limited* 2004 JLR 477, a decision which was upheld by the Jersey Court of Appeal at [2005] JCA 066.

16. More fundamentally, however, the judge applied English law in determining whether the Fountain Trust was a sham. The Fountain Trust is a trust the proper law of which is Jersey law and which is administered by trustees established in Jersey. The relevant part of clause 1 of the trust deed provides –

"1. This Trust Instrument is established under the Laws of the island of Jersey and the rights of all parties and the construction and effect of each and every provision hereof shall be subject to the exclusive jurisdiction of and construed and regulated only according to the Laws of the Island of Jersey which shall be the forum for the administration hereof."

In our judgment the question of whether or not the Fountain Trust is a sham trust is one to be determined in accordance with Jersey law.

17. We think that there are important distinctions to be drawn between a finding that a Jersey trust is a post-nuptial settlement and therefore liable to be varied, and a finding that a Jersey trust is a sham. The right to seek a variation is one which derives from the matrimonial regime of the jurisdiction which dissolves the mar-

Giurisprudenza

riage. There is a general statutory power, for example, under the English Matrimonial Causes Act 1973 to vary ante- or post-nuptial settlements. There is, so far as we are aware, no such statutory power to declare a foreign trust to be a sham. Furthermore, a decision to seek a variation of a trust in order to give effect to an order under a matrimonial jurisdiction is qualitatively different from a decision to declare a trust to be a sham. Under the law of Jersey a sham trust requires that the settlor and trustee have not only a subjective intention that the deed is not to create the legal rights and obligations which it purports to create but also a common intention to mislead. It is a serious matter to find that a professional trustee in Jersey has been party to a sham. It is a finding moreover which might well have adverse consequences under the statutory regime which regulates the activities of professional trustees in Jersey and which, incidentally, is absent in England and Wales. It is a finding which requires, so far as Jersey is concerned, a careful analysis under the rules applicable in this jurisdiction. As a matter of generality, we would regard an assumption of jurisdiction by a foreign court to declare a Jersey trust a sham to be exorbitant and we would be reluctant to enforce any judgment based upon such an assumption.

The trustees' position

18. We turn now to the specific circumstances of this case. The Court directed the Trustees to remain neutral and to play no part in the argument between the wife and the other parties. We have accordingly heard no submissions from counsel for the Trustees on the merits of the application by the wife. Mr. Le Quesne did, however, properly and appropriately, remind us that we should not, in seeking to do justice between the other parties, fail to do justice to the Trustees. We expressly decline, at this stage, to make any findings of culpability on the part of the Trustees so far as their duties under the trust deed are concerned. That will be a matter to be determined following argument in relation to their fees, expenses and costs in due course.

19. Having said that, the Trustees did submit to the jurisdiction of the English court and participated in the proceedings.

Counsel for the Trustees drew attention to the limited extent of that participation, as shown by the frontispiece to the judgment, which records the Trustees as having participated "only in relation to costs issues affecting [them] but did not attend the substance of the hearing". Nonetheless, the outline submissions of counsel for the Trustees dated 22nd November 2004 recorded that on 18th November the Trustees' solicitors had received notice that the wife was seeking relief which included –

"(1) a declaration that Mr. Minwalla is the beneficial owner of the Fountain Trust and its assets;

(2) a declaration that Mr. Minwalla is the beneficial owner of the shares in [DM] and in Midfield;

(3) [sic] a declaration that Mr. Minwalla is the beneficial owner of Flat 2;

(4) an order that Mr. Minwalla transfers his interest in Flat 2 to Mrs. Minwalla;

(5) an order that the Trustees should call in and cash all assets in [DM] and transfer them to Mrs. Minwalla."

While the word "sham" was not expressly mentioned, the Trustees should have been alerted to the fact that wide-ranging orders were being sought which carried serious implications for the Fountain Trust. Indeed it should have been obvious that a sham was being alleged. Notwithstanding this knowledge, the Trustees asserted through their counsel that they "will abide by any order/declaration made by the Court" subject only to reservations which are not relevant here. The Trustees submitted to the jurisdiction of the English court in circumstances where it was clear that an order or declaration affecting the status of the trust might be made. In our judgment no unfairness arises from holding, as a matter of comity, that in the particular circumstances of this case, the judgment should be enforced against the Trustees. It would be a very different situation if the Trustees had not submitted to the jurisdiction.

The husband's contentions

20. Counsel for the husband contended that the judgment should not be enforced in Jersey for four reasons –

i. The order was a declaratory order and was therefore unenforceable.

ii. There had been a breach of natural justice.

iii. Enforcement of the order was contrary to public policy.

iv. Only one of the Trustees of the trust, CI Law Trustees Limited, was a party to the English proceedings.

We take each of these contentions in turn.

21. (i) Counsel referred us to Dicey and Morris on the Conflict of Laws 13th edition, volume 1 at page 468 where the authors state as a general principle that a declaratory judgment is not recognised and enforced. The relevant passage ends –

"Not every type of judgment is capable of enforcement in this way. A judgment dismissing a claim or counterclaim is obviously not capable of enforcement, unless it orders the unsuccessful party to pay costs, as it frequently does; nor is a declaratory judgment, e.g. one declaring the status of a person or the title to a thing; nor is a decree of divorce".

That passage is however followed by the sentence –

"There may, however, be orders ancillary to a decree of divorce which, because they order the payment of money, are capable of enforcement".

In *Lane v Lane* this Court held that a declaratory judgment would be enforced provided that it was clear that the defendant had had every opportunity to raise all relevant defences at the hearing. We are quite satisfied that the husband did have the opportunity to participate fully in the proceedings before the English court and to raise any defences which he thought fit. He chose to absent himself from the proceedings after an interim order had been made but that was his choice and he must accept the consequences of that decision.

22. (ii) So far as the alleged breach of natural justice is concerned, we repeat that the husband had every opportunity to participate in the proceedings before the English court at every stage, but chose not to do so. We find no substance in this objection.

23. (iii) Counsel drew attention to another passage from Dicey and Morris where it is stated that "a foreign judgment is impeachable on the ground that its enforcement or, as the case may be, recognition, would be contrary to public policy". He also referred to passages from the judgment of Birt, Deputy Bailiff, in *Re Rabaiotti (1989) Settlement 2000* JLR 173 where the judge stated –

“The Court regards it as unlikely that an English Court would so exceed the normal bounds of comity as to purport to vary a settlement governed by Jersey [...] law, administered in Jersey by Jersey trustees and which had no connection with England save that some of the beneficiaries resided there”.

We agree with counsel that, as a general rule, as set out in paragraph 17 above, it would be an exorbitant exercise of jurisdiction for a foreign court to purport either to vary the terms of a Jersey settlement or to declare such a settlement to be a sham. In the particular circumstances of this case we do not consider that it is contrary to public policy to recognise and enforce a judgment which seeks to do justice in matrimonial proceedings where the husband has flouted his legal and moral obligations towards his wife.

24. (iv) As to the submission that only one of the Trustees was a party to the English proceedings, we find no substance in it. Both the Trustees are companies controlled by one individual or one firm practising in Jersey. Both are an alter ego either of Mr. Morgan or of his firm.

The Beneficiaries' contentions

25. The thrust of the contentions of counsel for Jamsheed and Framji Minwalla was that the judgment breaches the rules of natural justice so far as they were concerned. The beneficiaries were not convened to the hearing in England and had no opportunity to make submissions as to whether the entirety of the trust fund should be paid to the wife. We think that the short answer to that complaint is that the beneficiaries have been granted leave to intervene in these proceedings and to make such submissions as they think fit in relation to the recognition and enforcement of the judgment. It is true that they were not given the opportunity to make submissions on the issue of whether or not the Fountain Trust is a sham trust. We think that there are two answers to that. First, the Trustees were party to the proceedings and had the opportunity, even if they chose not to take it, to make submissions on the sham trust issue. To the extent that, having submitted to the jurisdiction, they failed to protect the position of the beneficiaries, it is possible that they may be liable for breach of trust. Secondly, this Court is not concerned with the question of

whether or not the Fountain Trust is a sham trust. We are concerned to decide whether it is fair, as a matter of comity, to recognise and enforce the judgment. We have considered the position of the beneficiaries in the round and asked ourselves whether there has been a breach of substantial justice. A number of circumstances appear to us to be relevant in answering that question.

(i) The affidavit of Jamsheed deposes to a conversation which apparently took place with his father, the husband, around Jamsheed's 18th birthday in April 2003. It is said that he was told that his father had set up a Jersey trust to look after him and his brothers. Jamsheed asserts that he only became aware of the proceedings in England when this representation was made to the Royal Court. He does not explain how or when he was informed of this application, nor why whoever did inform him failed to tell him of the English proceedings.

(ii) Jamsheed exhibits to his affidavit a copy of a letter from Mr. Peter Barnes of CI Law Trust Group Limited dated 16th December 2004 in the following terms –

“I enclose herewith a copy of a Letter of Wishes signed by Mr. Minwalla and dated 21/3/2003.

This found in our Safe and there was no reference to this Letter of Wishes in any of the Fountain Trust files.

You will note that the existing Mrs. Minwalla was not contemplated as being a beneficiary. This Letter of Wishes was apparently discovered by Nicholas Morgan after the hearings for the Letter of Request and, as far as I am aware, has not been disclosed to Mishcon de Reya.”

This is a most curious development. Mr. Morgan was roundly criticised in the judgment as a result of his admission that he was holding two Letters of Wishes both bearing the identical date of 22nd September 1998 but in mutually contradictory terms. All this emerged from the evidence of Mr. Morgan taken before the Deputy Judicial Greffier in response to a Letter of Request. Singer J stated, at paragraph 48 of his judgment, –

“There is no third document indicating that one or other of the two contemporaneous letters of wishes should take priority, or the circumstances in which one rather than the other should (subject always to their discretion, theoretically at least) guide or influence the trustees.”

The judgment was delivered on 3rd December 2004. It is noteworthy that, despite being questioned some months before about the Letters of Wishes, less than two weeks after the handing down of the judgment, Mr. Morgan “apparently” discovered the third document in his firm's safe.

(iii) It is also noteworthy that the date of this third document is 21st March 2003, not too far distant from Jamsheed's 18th birthday but more than a year before the Trustees, at the husband's request, executed a deed adding Jamsheed and his two brothers to the class of beneficiaries. It seems curious that his father should have told Jamsheed about a trust established in Jersey for his benefit in April 2003, executed a Letter of Wishes pursuant to that statement, yet failed for more than a year, notwithstanding his apparent poor health, to take the necessary steps to enable the Trustees to treat Jamsheed as a beneficiary.

(iv) According to the evidence of Mr. Morgan before the Deputy Judicial Greffier, the appointment of the beneficiaries to the class of beneficiaries was “tactically because of the matrimonial situation”.

(v) The freezing injunction granted by Munby J on 15th January 2004 prohibited the husband from dealing with, directly or indirectly, *inter alia*, any interest in DM or Midfield. While it may be arguable whether that injunction prohibited the husband from being party to the deed by which Jamsheed and his brothers were added to the class of beneficiaries on 27th May 2004, their inclusion at that stage of the matrimonial proceedings between the husband and the wife does give rise to the inference that it was a tactical move by the husband to frustrate the claims of the wife.

26. Taking all those circumstances into consideration, we do not think it would be a breach of substantial justice to enforce the judgment to the prejudice of any interest of the beneficiaries in the trust fund. Indeed we consider that it would be an affront to justice to prefer the claims of the beneficiaries to that of the wife.

Conclusion

27. In the exercise of our discretion therefore, we consider that, in the unusual and particular circumstances of this

Giurisprudenza

case, notwithstanding the reservations which we have expressed earlier in this judgment, it would be fair, in the interests of comity, to recognise and to enforce the judgment of Singer J at least in part. We recognise the objections of Standard Chartered to any order which might authorise the transfer of Flat 2, 55 Portland Place, out of the name of Midfield and into the name of the wife. In our judgment it would be sufficient, in order to give effect to the substance of the judgment of the English court, to order the Trustees to transfer the shares in DM and Midfield to the wife subject to any liabilities to which those companies might be found by the English court to be liable. To that end, we propose to order,

subject to paragraphs 28 and 29 below, that the Trustees comply with paragraph 4(a) to (e) of the order of the High Court of 3rd December 2004.

28. This order will not, however, take effect until the Attorney General has been given the opportunity to make such submissions as he may think fit on behalf of the government of Pakistan, on behalf of which he was given leave to intervene on 4th July. We will also wish to hear any submissions which the Attorney General may wish to make on behalf of the States of Jersey Police in relation to the refusal to consent to any dealing in the shares of DM and Midfield pursuant to the Proceeds of Crime (Jersey) Law 1999. We direct the legal advisers for the wife to

make the necessary application to the Bailiff's Judicial Secretary forthwith. Notice should also be given of that hearing to Standard Chartered so that it may be given the opportunity of making any submissions that it may think fit arising out of the proposed order.

29. Under the proposed order, the Trustees will be authorised to retain US\$100,000, or such other sum as the Court may order, pending argument between the Trustees and the wife as to the extent to which it is proper to order the payment of the Trustees' fees, expenses and costs out of the trust fund.

30. The Court is prepared to hear counsel on the question of costs.

Jersey – Court of Appeal

②

Trust – “sham” – nozione

Court of Appeal, R.C. Southwell, Esq., Q.C., Pres., P.D. Smith, Esq., Q.C., Sir de Vic Carey, Bailiff of Guernsey, 19 maggio 2005 [A. K. MacKinnon v The Regent Trust Company Limited, K. J. MacKinnon, E. V. MacKinnon (née Sharman), S. J. MacKinnon, B. T. Skok MacKinnon, T. A. Skok MacKinnon, S. L. Skok MacKinnon, A. Kinross MacKinnon, I. J. MacKinnon]

L'intenzione comune delle parti di creare nei terzi una falsa impressione è elemento costitutivo dello “sham”.

Testo della Sentenza

The President:

1. This appeal concerns only questions of pleading in an action brought to upset three family settlements made by the late Mrs Dorothy MacKinnon, who died on 15 August 2002. The Plaintiff Andrew MacKinnon (“Andrew”) is one of her two sons; the other is Kenneth James MacKinnon (“James”), the Second Defendant. The Third Defendant is the wife of James, and the Eighth and Ninth Defendants are their children. The Third to Seventh Defendants are the children

of Andrew. The First Defendant, The Regent Trust Company Ltd (“the Trustee”), is the Trustee of the three settlements, having succeeded Salamis International SA (formerly Salamis Trustees SA) in February 2001.

2. The three settlements were made by Mrs MacKinnon in 1981, 1998 and 1999 and are referred to by reference to these dates. Andrew alleges in his Order of Justice that the three settlements either have been at all times invalid and of no effect, or took effect only to the extent that the assets purportedly held subject to the settlements were held for Mrs MacKinnon absolutely, because

(i) the settlements breached the rule *donner et retenir ne vaut*; or

(ii) Mrs MacKinnon and Salamis did not intend to create trusts on the terms of the three settlement deeds, but intended that the assets of the settlements be held to the order of Mrs MacKinnon.

3. It is to be regretted that this dispute within a family about money has not been settled by counsel or by mediation.

4. Initially the Trustee took the lead in resisting Andrew's attack on the settlements. That was understandable in view

of the allegations contained in the Order of Justice. Andrew and the Trustee recently reached an agreement as a result of which the Trustee will adopt a neutral stance. That has had the effect of placing James in the firing line.

5. The Court is, on this appeal, concerned only with the second head of claim, in paragraph 2(ii) above. We are not concerned with the *donner et retenir ne vaut* head of claim, in respect of which I would wish only to say that I reserve my judgment as to the correctness of the decision on this head of claim in *Abdel Rahman v Chase Bank (CI) Trust Co Ltd et al* (1991) JLR 103.

6. It is not wholly clear what is Andrew's case, not least because his case has been put somewhat differently before the Master, before the Bailiff and before this Court. We are concerned only with the case as Advocate Santos Costa for Andrew has put it before this Court.

Nota:

Riproduciamo il testo della sentenza da [2005] JCA 066.

La sentenza sarà commentata da A. Braun nel prossimo numero della Rivista.

Advocate Lakeman appeared for James, but we did not call on him to reply.

7. Before turning to Andrew's case as now put, there is one point on which I wish to place some emphasis. These were trusts apparently established in favour of wide-ranging classes of family members. True it is that the range of potential beneficiaries had been narrowed, by exclusion, to Mrs MacKinnon and her descendants and James's wife. But it remains the position that there were ten potential beneficiaries (and the possibility of further beneficiaries yet to be conceived and born). Leaving Mrs MacKinnon out of account, that means that, if Mrs MacKinnon did not intend the settlements to operate as genuine trusts for the potential benefit of the other potential beneficiaries, she could be said to have been pretending, from 1981 to 2002, to establish trusts for the potential benefit of her family members, but in truth setting up no such trusts for their potential benefit at all. Here there were in the first instance numerous family members potentially to be affected, and in the end the nine members parties to this action who would be affected, if the three settlements were held to be invalid and intended by Mrs MacKinnon always to have been invalid. The Courts of Jersey would not readily conclude against a deceased mother and grandmother that she had acted in this way in relation to her children, her daughter-in-law and her grandchildren.

8. Andrew's aim, apparently, is to have it decided that the present assets of the three settlements vest in and form part of the estate of Mrs MacKinnon, from which presumably he would gain a larger share of the family money than under the trusts of the three settlements.

9. It seems to me to be unnecessary to set out the procedural history of these proceedings at any length. On 1 March 2004, over 14 months ago, the Trustee issued a summons seeking an order that certain parts of Andrew's Order of Justice be struck out on the ground that the second head of claim (see paragraph 2(ii) above) discloses no reasonable cause of action. The Master refused the application on 29 June 2004. On 6 December 2004 the Bailiff sitting alone in the Royal Court allowed an appeal by the Trustee and struck out those parts of the Order of Justice. As a result of the agreement

between Andrew and the Trustee, James is now the principal respondent to this appeal.

10. The way in which Andrew puts his case, as stated by Mr Santos Costa to this Court, is that

(i) the trust deeds did not accord with Mrs MacKinnon's intentions throughout the period from 1981 to 2002, her intentions being that the assets placed in the three settlements should always be hers alone, held by the Trustee for her absolutely; and

(ii) insofar as this involved Andrew in alleging that the three settlements amounted to "sham" documents, it is sufficient for this purpose for Andrew to rely on the intentions either of Mrs MacKinnon alone or of her and Salamis; and

(iii) insofar as he relies on the settlement documents as being "shams", it is unnecessary for him to allege that either Mrs MacKinnon or Salamis intended to give to any third parties any false impression of the effect of the settlement deeds.

Indeed Mr Santos Costa strongly contended that Andrew is entirely unable to plead any intent on the part of Mrs MacKinnon to mislead anyone.

11. In his judgment the Bailiff stated (in paragraphs 6-7) in terms agreed to be correct the test to be met if an application to strike out the whole or a material part of a pleading, on the ground that it discloses no reasonably arguable basis of claim, is to succeed. I agree and need not repeat what the Bailiff there stated.

12. It seems to me to be convenient first to deal with the case as to the settlements being "shams", and then subsequently to consider whether or not there is a wider jurisdiction than that relating to "sham" transactions on which Andrew can rely.

"Shams"

13. The essential point for Andrew's purposes is that set out in paragraph 10(iii) above, whether Andrew has to allege, on the part of Mrs MacKinnon and Salamis, an intention to give to third parties (especially here the potential family beneficiaries) a false impression as to the effect of the deeds.

14. I agree with the Bailiff that Andrew has so to allege, and with his reasoning on this point. I would be content to adopt his reasoning as my own. But as

we have received from Mr Santos Costa lengthy written submissions and have heard his oral arguments in full, I will briefly set out my own reasons for concluding that the Bailiff reached the correct decision.

15. In *Abacus (CI) Ltd, Trustee of the Esteem Settlement: Grupo Torras SA et al v Sabah et al* (9th January 2001) Jersey Unreported [2001] JLR 005 the Deputy Bailiff, had occasion to consider what were the necessary ingredients for a claim that trust deeds were shams, at paragraphs 42-60. He held that it must be shown that both settlor and trustee had a common intention that the true position should be otherwise than as set out in the trust deed which they both executed. I agree. The Deputy Bailiff went on in that passage to consider whether an intention of both settlor and trustee to mislead third parties or the Court, by giving the appearance of creating between the parties legal rights and obligations different from the actual rights and obligations (if any) which the parties intend to create, is a necessary ingredient for such a claim. He held that this is a necessary ingredient. Again I agree. He so held in reliance on the relevant English authorities, as did the Bailiff in this case; and in my judgment, this branch of the law having been most fully developed in England and Wales (and also in Australia), it is entirely appropriate that Jersey law should take full account of English law in this regard.

16. The classic definition of a sham is to be found in the judgment of Diplock, LJ in *Snook v London & West Riding Investments Limited* [1967] 2 QB 786 at 802:

"As regards the contention of the plaintiff that the transactions between himself, Auto Finance and the defendants were a "sham", it is, I think, necessary to consider what, if any, legal concept is involved in the use of this popular and pejorative word. I apprehend that, if it has any meaning in law, 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. But one thing, I think, is clear in legal principle, morality and the authorities (see *Yorkshire Railway Wagon*

Giurisprudenza

Co v MacLure (1882) 21 Ch.D. 309 CA and *Stoneleigh Finance Limited v Phillips* [1965] 2 QB 537), that for acts or documents to be a “sham”, with whatever 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.”

17. This definition has been reconsidered by the English Court of Appeal in *Hitch v Stone* [2001] STC 214 at pp. 229-230, where Arden LJ (with whom the other Judges agreed) said this:

“62. Before turning to the issues as I have formulated them, I will set out the principles which are in my judgment the relevant principles as respects sham transactions.

63. The particular type of sham transaction with which we are concerned is that described by Diplock LJ in *Snook v London and West Riding Investments Ltd* [1967] 2 QB 786. 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. The passage from Diplock LJ’s judgment set out above has been applied in many subsequent decisions and treated as encapsulating the legal concept of this type of sham. Mr Price referred us to *Sharmant Pty Ltd v Official Trustee in Bankruptcy* (1988) 82 ALR 530 in which the Federal Court of Australia drew on Diplock LJ’s formulation of sham in *Snook*.

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

65. 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 the subsequent conduct of the parties.

66. Second, as the passage from *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.

67. Third, the fact that the 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 bind 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.

68. 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 that they have become bound by the agreement as varied (see for example *Garnac Grain Co Inc v HMF Faure & Fairclough Ltd* (1966) 1 QB 650 at 683-684 per Diplock LJ, which was cited by Mr Price).

69. Fifth, the intention must be a common intention (see *Snook*) ...”

As Arden LJ made clear in this summary, the parties (here Mrs MacKinnon and Salamis) must have intended to give a false impression of the rights and obligations (if any) which they had created to third parties, and that intention must be a common intention, if the claim that the settlements are shams is to be reasonably capable of argument.

18. More recently in *Shalsom v Russo* [2003] EWHC 1637 (Ch.D: Rimer J) the English High Court considered whether the principles expounded in *Snook* and *Hitch* were applicable to the creation of a trust. Rimer J began in paragraph 187 with citation of the same passage from *Snook*, and continued:

“188. Those principles were reaffirmed and applied by the Court of Appeal in *Hitch and others v Stone (Inspector of Taxes)* [2001] EWCA Civ 63; [2001] STC 214: see paragraphs 62-70 of Arden LJ’s judgment, with which Sir Martin Nourse and Kay LJ both agreed. At paragraph 69, Arden LJ re-emphasised that the relevant intention must be a common intention. After a careful consideration of the authorities, the Royal

Court of Jersey held in *Abacus (CI) Limited and Others v Sheikh Fahad Mohammad al Sabah and Others*, 13 June 2003, unreported (to which I was referred by counsel after I had reserved judgment) that the like principle applies to an allegedly sham settlement: both the settlor and the trustee must intend the settlement to be a sham, and they rejected the proposition that all that counts is the settlor’s intention. They considered *Rahman v Chase Bank (CI) Trust Co. Limited* (1991) JLR 103 (a case on which Mr Smith placed some reliance) and concluded that it was not possible to derive from it any decision to the effect that it is sufficient to look only at the settlor’s intention in considering whether a settlement is a sham.”

I leave out paragraph 189 which dealt with the specific facts of the *Shalsom* case. He continued:

“190 Despite Mr Smith’s 12-page submissions to the contrary effect, I respectfully regard the approach adopted by the Royal Court in the *Abacus* case as correct. It is not only squarely in line with the guidance given by the Court of Appeal in *Snook* and *Hitch*, it also appears to me to be correct in principle. When a settlor creates a settlement he purports to divest himself of assets in favour of the trustee, and the trustee accepts them on the basis of the trusts of the settlement. The settlor may have an unspoken intention that the assets are in fact to be treated as his own and that the trustee will accede to his every request on demand. But unless that intention is from the outset shared by the trustee (or later becomes so shared), I fail to see how the settlement can be regarded as a sham. Once the assets are vested in the trustee, they will be held on the declared trusts, and he is entitled to regard them as so held and to ignore any demands from the settlor as to how to deal with them. I cannot understand on what basis a third party could claim, merely by reference to the unilateral intentions of the settlor, that the settlement was a sham and that the assets in fact remained the settlor’s property. One might as well say that an apparently outright gift made by a donor can subsequently be held to be a sham on the basis of some unspoken intention by the donor not to part with the property in it. But if the donee accepted the gift on the footing that it was a genuine gift, the donor’s

undeclared intentions cannot turn an ostensibly valid disposition of this property into no disposition at all. To set that sort of case up the donee must also be shown to be a party to the alleged sham. In my judgment, in the case of a settlement executed by a settlor and a trustee, it is insufficient in considering whether or not it is a sham to look merely at the intentions of the settlor. It is essential also to look at those of the trustee.”

I agree with Rimer J. It is also clear from his judgment that in referring to the need for a common intention of settlor and trustee, he was including the need for an intention to give a false impression to third parties. (I should add, in parenthesis, that it is because of considerations such as those expressed by Rimer J in paragraph 190 (see also the Deputy Bailiff in *Esteem* at paragraph 53(iii)) that I have reservations as to the correctness of the decision on the other head of claim in *Rahman*.)

19. In his submissions Mr Santos Costa equated “giving a false impression” to “deceit”. That in my judgment is not correct. Deceit is an English tort with particular requirements. What is required in a case based on “sham” is a common intention to give a false impression.

20. In my judgment the position in Jersey law is clear. In order to succeed in showing that the three settlements are shams, Andrew must establish that

(i) both Mrs MacKinnon and Salamis intended that the true position would not be as set out in the settlement deeds, but that either the settlements were invalid and of no effect, or that the assets of the settlements were held for Mrs MacKinnon absolutely, so that the assets were simply held to her order, and

(ii) both Mrs MacKinnon and Salamis intended to give a false impression to a third party or parties (including the other beneficiaries and the Courts) that the assets had been donated into the settlements and were held on the terms of the deeds.

21. Through Mr Santos Costa, Andrew disclaims any reliance on any such intention on the part of Mrs MacKinnon (and presumably also on the part of Salamis). That being so, Andrew cannot succeed in his contention that the settlements were shams, and the Bailiff rightly struck out the relevant paragraphs of the Order of Justice.

22. Mr Santos Costa did not directly challenge the authority of *Snook*, or *Hitch*, or *Shalsom*. Indeed he would not have taken this Court to *Hitch* or *Shalsom* if I had not insisted that he do so. Instead he referred to a plethora of other authorities ranging across a number of different bases on which the English courts have held that trusts might be reformed or rectified because of operative mistake, or transactions designed to evade statutory controls having held not to succeed in that design. Most are of little or no relevance, and have been called in aid to build a tower of cards with no firm foundation. Some were apparently relied on by him in support of a wider jurisdiction of the Courts to interfere with trusts than the jurisdiction to reject “sham” transactions. Many were dealt with by the Bailiff in paragraphs 26 and following of his judgment. I agree with what the Bailiff said about them. I propose to refer only to those cases cited by Mr Santos Costa in his oral argument before this Court, presumably because he regarded them as the strongest basis for his contentions, and to do this in the same order as Mr Santos Costa.

23. In *Shaw v Lawless* (1838) 5 Cl & F 129 HL (Ir.) the House of Lords considered whether words used in a will created a trust in favour of Lawless, and decided that the words did not create a trust. This case is entirely irrelevant.

24. In *Gibbon v Mitchell* [1990] 1 WLR 1304 the trusts of a marriage settlement contained no power for Mr Gibbon to surrender his life interest. Solicitors advised him to execute a deed for this purpose, but this was a fundamental mistake, because it had the totally different effect of causing a forfeiture of his life interest with disadvantageous consequences for the family. Lord Millett (then Millett J) set the deed aside for mistake, basing this on authorities as to “*the circumstances in which a voluntary disposition can be rectified, reformed or set aside where it has been entered into under a mistake, contrary to the intentions of the disposer, or in excess of his instructions.*” (page 1307). He cited a number of cases where a serious mistake of this kind by solicitors has led to the grant of such relief, including *Walker v Armstrong* (1856) 8 De G.M & G 531 (Chancery Appeals). He summarised the legal principles underlying those cases (at page 1309) as follows:

“In my judgment, these cases show

that, 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.”

Andrew does not seek to rely on mistake in the present case: indeed it would be very difficult to do so after the settlements had existed for so long: and anyway it would be for Mrs MacKinnon, not Andrew, to sue on such ground. *Gibbon* was a case in which the donor wished to achieve a result but failed through the solicitor’s mistake. Here there was no question of Mrs MacKinnon having failed to achieve a desired result. The case of *Gibbon* provides no assistance to Andrew.

25. I have already referred to *Walker v Armstrong*, another case of fundamental mistakes by solicitors, described in colourful language.

26. *Polsky v S & A Services* [1951] 1 All ER 185 Lord Goddard LC] and [1951] 1 All ER 1062 CA was a case in which a transaction was dressed up as a sale by the plaintiff to the defendants and a reverse hire-purchase agreement, but the plaintiff succeeded in showing that in reality it was an assurance of personal chattels as security for his debt, and therefore an unregistered bill of sale and void under the relevant statute. At page 188 Lord Goddard said:

“There is no doubt, I think, as to the deciding principle. The court has to determine whether the transaction in question is a genuine sale by the original owner of the chattel to the person who is finding the money and a genuine re-letting by the latter to the original owner on hire-purchase terms, or whether the transaction, though taking that form, is nothing more than a loan of money on the security of the goods.”

Polsky does not, in my view, assist Andrew at all.

27. A similar case was *re Knights (Jersey) Limited* (1962) JJ 207 decided by the Royal Court. This was cited only for the passage at page 210:

“Finally, the Court wishes to add this, that it will not readily uphold documents

Giurisprudenza

which are fiction in the sense that they bear no real relation to the facts of a transaction the terms of which they purport to embody and which refer to non-existent documents or to events which have not happened.”

This was another case in which a purported transfer of a car was held to be no more than an attempt to borrow money on the security of goods.

28. In *AG Securities v Vaughan; Antoniadis v Villiers* [1990] 1 AC 417 agreements were made between landlords and occupants of residential flats. The question for the House of Lords in each case was whether the agreements were licences outside the Rent Act controls or tenancies within those statutory controls, and this involved the consideration whether the transactions were pretended to be outside the controls, though in reality within the controls. Lord Oliver at page 469 referred to the potential relevance of subsequent conduct as admissible evidence as to whether the documents were genuine or not. Lord Jauncey dealt with the lack of genuineness of one of the transactions at page 470. These were the only passages to which Mr Santos Costa took us, and in my judgment they do not carry forward Mr Santos Costa's contentions at all.

29. In *Bentley v Mackey* (1851) 15 Beavan 440 Romilly MR had to decide whether, by certain acts of the donor, a valid voluntary settlement had been created. This case is irrelevant.

30. In *Chase Manhattan Equities Ltd v Goodman* [1991] BCLC 897 Knox J had (amongst many other issues) to decide whether a deed of gift of shares by a man to his mistress was a sham. He referred first to the passage from Diplock LJ's judgment in *Snook* and to Lord Templeman's use of the word “pretence” in *AG Securities*. Knox J at pp. 921-922 said this:

“Immediately before the deed of gift was executed Mr Goodman was the beneficial owner in equity, subject to the rights of Nat West Bank by way of charge, of the shares in question. [...] On its face the transaction effected by the deed of gift was an outright gift to Mrs Fitzgerald of that beneficial interest. The deed of gift can only be a sham in my judgment if it is shown that the parties to it intended that Mr Goodman should remain the beneficial owner of the shares comprised in it. That result could theoretically be

achieved in two ways. The first would be by showing that the deed of gift was not intended to have any effect at all and the second would be by showing that the deed of gift was intended to effect an assignment of Mr Goodman's equitable interest and that Mrs Fitzgerald should hold it upon trust for him. There is no difference in substance between the two and since the deed of gift clearly purports on its face to be a beneficial gift, and not an assignment to be held upon trust by the so-called donee for the so-called donor, both would in my view properly be termed a sham because they would be different from the transaction purportedly effected by the deed of gift.

What would not in my judgment be sufficient for this purpose would be to show that the deed of gift was entered into in circumstances where Mr Goodman would have been entitled to have it set aside as a voidable transaction due to Mrs Fitzgerald's undue influence nor a fortiori to show that Mr Goodman's trustee in bankruptcy would have been entitled, should he be made bankrupt, to have the deed of gift set aside as a transaction at an undervalue or, to use the old fashioned expression a conveyance to defraud creditors. It is clear enough that mere impropriety of motive is no ground for treating a transaction as a sham.

It was submitted on behalf of Mrs Fitzgerald that what had to be shown was,

- (1) an identification of the underlying transaction, by which I understand to be meant the transaction which the parties genuinely intended to enter into, and
- (2) the knowing participation by both parties in the deliberate concealment of that underlying transaction by representing it as a transaction of a different nature.

That overstates the requirements in that it is not necessary for the parties affirmatively to intend to enter into any particular transaction once it is shown that the ostensible transaction was a pretence. This seems to me to follow from Diplock LJ's insertion of the parenthesis “(if any)” in his formulation of the concept when he referred to the actual legal rights and obligations which the parties intended to create.

Similarly it is not necessary that the parties to a transaction which is properly characterised as a sham should have the same motivation. One of the commonest

examples of a sham is the transaction between landlord and tenant which is, to use Lord Jauncey's expression, dressed up to look like a licence as in *AG Securities v Vaughan, Antoniadis v Villiers* [1988] 3 All ER 1058, [1990] AC 417 itself. It is self-evident that their motivation is diametrically opposed one to the other. What they do have in common is the acceptance of a pretence.”

At page 923 he said this:

“A pleading that a transaction is a sham is in my judgment sufficient in itself and does not need particularisation of the parties' motives which are irrelevant. It follows that lack of community of motive is equally irrelevant.”

Mr Santos Costa sought to rely on this statement of Knox J in support of his contention that it is unnecessary for Andrew to plead a common intention to give a false impression. In my judgment, first, Knox J was dealing only with motive which is not the same as intention, and secondly, if by “motivation” he meant “intention”, his statement is not a correct one. The cases which I have cited much earlier in this judgment show that a common intention to give a false impression to third parties is a necessary element in this head of claim, and must be pleaded.

31. Those are the cases to which Mr Santos Costa made specific reference in support of his contentions.

32. In my judgment the position in this case can be summarised in this way:

(i) Common intention of Mrs MacKinnon and Salamis to give a false impression to third parties is a necessary factor in Andrew's claim that the three settlements are shams.

(ii) Andrew accepts that he cannot allege any such common intention.

(iii) Accordingly the sham head of claim cannot succeed and the relevant paragraphs were rightly struck out by the Bailiff.

(iv) There is no general power in the Courts of Jersey to give Andrew the relief which he seeks. Any claim by Andrew has to be based on a recognised head of claim such as mistake, duress, undue influence, fraud, sham or perhaps the *donner et retenir ne vaut* principle. The Bailiff dealt with Mr Santos Costa's submissions as to the existence of such a general power in paragraphs 26 and following, dealing with all the cases cited including most of those which I have cited above. I

agree with the Bailiff that none of those cases provides any support for the existence of any such general power in the law of Jersey.

(v) The Bailiff relied, in part, on considerations of public policy. I do not find it necessary to ride “the unruly horse” of public policy, because in my judgment the answer to this head of claim is clear.

33. It follows that I would dismiss the

appeal, and uphold the judgment and order of the Royal Court striking out the relevant parts of the Order of Justice.

34. It is the practice of the Court of Appeal of Jersey to deliver judgment in the week in which the appeal is heard, save in exceptional cases: this appeal involves a pleading point and is not exceptional. I am conscious that I have not dealt with every nuance of Mr Santos

Costa’s lengthy written submissions and oral arguments. But I believe that I have dealt with all the principal matters on which he relied and with all the central issues arising for decision on this appeal.

Smith JA: I agree and have nothing to add.

Carey JA: I also agree and have nothing to add.

③

Trust – “sham” – nozione

High Court of Justice, Family Division, Singer J., 3 dicembre 2004 [Minwalla v Minwalla and DM Investments SA, Midfield Management SA and CI Law Trustees Ltd.]

Affinché un trust sia “sham” non è necessaria un’intesa fra disponente e trustee, ma è sufficiente che il disponente non avesse la minima intenzione di seguire le norme sui trust e che, nel corso del rapporto, il trustee sia stato acquiescente nei suoi confronti.

Testo della Sentenza

Headnote

The husband and wife had been involved in a relationship for over 15 years, and married for almost 10 years. There were no children of the marriage, but the wife had two children, aged 10 and 5 at the time the relationship began, who had been provided for by the husband at all times. From an early stage the husband had paid the wife’s living expenses, and provided her with a home, acquired in the name of a Panamanian company, DM Investments SA (DM), which the husband had set up. The husband was an international businessman, with a number of property interests around the world, and the family enjoyed an extremely high standard of living. Payment for the family’s personal expenses was met through DM, whose structure was eventually revised so that it became a wholly owned asset of a Jersey trust. After the marriage broke down the husband

informed the wife that he had ‘divested himself of all his assets’ and resigned from various income-generating posts. The wife applied for and obtained a worldwide freezing injunction, which covered a hotel in Karachi and apartments in London, New York and Karachi, as well as what the wife claimed were the husband’s interests in DM, and another Panamanian company, Midfield Management SA (MM), which had been involved in the purchase of the current family home. The husband’s affidavits and Form E did not set out a clear statement of his assets, but asserted that his liabilities exceeded what assets there were. Specifically the husband denied any interest in either of the companies, DM or MM, or in the Jersey trust. The wife undertook a very costly investigative process in order to gather information about the husband’s resources to put before the court. There was evidence that the husband had attempted not only to conceal his resources, but also to take steps to remove his assets from the jurisdiction. The husband had also instituted separate proceedings against the wife in Pakistan, and threatened to do so in a number of other forums, in relation to the worldwide freezing order. The court found that the husband had a fortune of, at a minimum, US\$25m, and in all probability considerably more. The court also found that the husband had total control over both companies, and over the Jersey trust.

Held - awarding the wife £4,185,000, to include a contingent sum of £500,000 to cover actual and threatened litigation

initiated by the husband in various jurisdictions -

(1) The husband’s stance in relation to the court, and to the wife’s claim, had been wilfully contemptuous of his obligation to make full, frank and clear disclosure in the proceedings. While the suppression of assets was not behaviour that of itself enhanced an award, the non-disclosing spouse was vulnerable to adverse inferences being drawn against him. In this case the court readily concluded that the husband had available to him ample resources with which to satisfy an award at or about the level sought by the wife.

(2) Where it appeared that an offshore trust had been woven together to create a shroud designed to bury the husband’s resources from view, but the husband himself pierced that veil as and when it suited him, a court exercising the ancillary relief jurisdiction would strain to see through the smoke and would set the structure aside so as to treat the resources as wholly his. This was what the parties, trustees and directors concerned should expect where fairness to both spouses depended so crucially on an accurate understanding of the realities of each party’s economy.

(3) The shelter provided by sophisti-

Nota:

Riproduciamo la *headnote* e parte della sentenza da [2005] 1 FLR 771.

La sentenza sarà commentata da A. Braun nel prossimo numero della Rivista.

Giurisprudenza

cated off-shore arrangements was dependent upon there being properly constituted corporate and trust structures in place; and there being a level of competence and of formality in the production of minutes of board meetings, powers of attorney etc, with supporting evidence for the proposition that proper consideration had been given by the trustees to the exercise of their discretionary powers.

(4) The Jersey trust was a sham, in that the husband had never had the slightest intention of respecting even the formalities of the trust and corporate structures that had been set up at his direction. His purpose was only to set up a screen to shield his resources from other claims or unwelcome scrutiny and investigation. The trustees had been prepared to go along almost totally passively with the way in which the husband managed the trust. The assets of the trust, namely the shares in both companies, vested in the husband as their true and sole owner.

(5) Letters of request addressed to the Jersey courts had been used during the case, which had proved an efficacious and comparatively inexpensive method of extracting necessary information concerning off-shore trusts where the settlor or beneficiary was unwilling to provide relevant information. It was important for English courts and lawyers to bear well in mind that such assistance as letters of request could provide must be sought in accordance with the formal requirements of the Hague Convention of 18 March 1970 on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters, which required, in the case of Jersey, that they be sent to Her Majesty's Attorney General for Jersey, not direct to residents of the island or to public authorities there.

Sentenza

(omissis)

[53] However, Mr Pointer invites me to go further than that. He submits that I should find that FT is a sham. It is, in reality, no more than a piece of paper utilised by H as a fiscal and/or financial screen. In this connection I have been referred to a number of authorities on this topic. Some of the earlier cases, including in particular some observations of Diplock LJ in *Snook v London and West Riding Investments Ltd* [1967] 2 QB 786

suggest that in order for the court to conclude that a document or transaction is a sham, it is necessary that all the parties to it must have a common intention that the 'documents are not intended to create the legal rights and obligations which they give the appearance of creating'. However, in *Midland Bank plc v Wyatt* [1995] 1 FLR 696 at 699 DEM Young QC sitting as a deputy judge of the High Court held, as to that principle:

"[...] I do not understand Diplock LJ's observations regarding the requirement that all the parties to a sham must have a common interest to be a necessary requirement in respect of all sham transactions. I consider a sham transaction will still remain a sham transaction even if one of the parties to it merely went along with the shammer not either knowing or caring about what he or she was signing. Such a person would still be a party to the sham and could not rely on any principle of estoppel such as was the case in *Snook*, the defendant there not being a party to the transaction at all".

[54] Support for that analysis can be gleaned from the judgment of Arden LJ in *Hitch v Stone (Inspector of Taxes)* [2001] EWCA Civ 63, [2001] STC 214 in which she said at 234 'in my judgment, the law does not require that in every situation every party to the actual document should be a party to the sham'. I have also read a lucid and scholarly paper on the topic of sham trusts written in 2004 by Stuart Pryke, a member of the specialist Bar, in which he refers to and analyses what appear to be the most relevant authorities. In that paper he concludes:

"In order for a trust to be found to be a sham, both of the parties to the establishment of the trust (that is to say the settlor and the trustees in the usual case) must intend not to act on the terms of the trust deed. Alternatively in the case where one party intends not to act on the terms of the trust deed, the other party must at least be prepared to go along with the intentions of the shammer neither knowing or caring about what they are signing or the transactions they are carrying out".

[55] That seems to me to be a fair analysis of the current state of the law, and I adopt it.

[56] What are the factors here that support the proposition that the trust is a front, and that H, at least, had no intention of treating it as such? First, the assets

of the trust comprise only the shares in DM and the shares in MM. As to the former, it is clear that H has treated the bank accounts of DM as if they were his own. He has caused to be paid into them the funds to which he was entitled under his various consultancy agreements with Cathay Pacific. He has withdrawn money from those accounts as if it were his own. No formal trading accounts for DM have been drawn up, at least since the execution of the trust deed in 1998. Transfers have been made from DM to MM, without any accounting ever being undertaken between the two companies. Transfers have been made from DM to Jealott Investments Ltd, as if the money were H's own funds to move around as he chose, which is precisely as he has always regarded them, a practice from which the trustees/directors have been unwilling or unable to restrain him. The documents to which I have referred above show that H was planning to wind up DM (because too many people knew about it). Plainly, there would have been no accounting between him and DM, or Jealott and DM, or MM and DM, were DM to have been wound up. MM was a vehicle acquired simply to own his matrimonial home. Expenditure on it was met from the DM account. Again, no trading accounts have ever been drawn up. H's presentation in this case has been that he had a consultancy agreement with DM. No such document has ever been produced. Mr Morgan was never aware that there was one. It is true that at certain stages Mr Morgan took the trouble to draw up powers of attorney in favour of H, in order to permit him to utilise the company's bank accounts. But that was an empty and in any event inconsistent and ineffective formality: window-dressing, it might fairly be called, or going through some of the motions. The last such power of attorney expired in June 2003. That did not prevent H continuing to use the bank accounts as if they were his own: he remained a signatory on those accounts, and the mandate did not change until after the freezing injunction was made in January 2004. In his testimony in Jersey Mr Morgan conceded in answer to questions from Mr Kingscote that DM was in truth H's alter ego; that H had total investment control over that company and, in Mr Morgan's own words, H treated DM as his own 'personal fiefdom' [AA51]. Not only had Mr Morgan never seen any con-

sultancy agreement between H and DM, he had not until this summer seen any of DM's bank accounts, and could not be sure at which banks accounts were operative. He was until shortly before he gave evidence in July wholly ignorant about a series of three agreements between Cathay and DM concluded as long ago as May 2001 under which DM would receive up to a total of US\$4,750,000 in one-off fees contingent upon securing certain deals, plus an annual fee income until April 2006 of US\$850,000.

[57] I have, therefore, no hesitation in coming to the conclusion that H never had the slightest intention of respecting even the formalities of the trust and corporate structures that had been set up at his direction. His purpose was only to set up a screen to shield his resources from other claims or unwelcome scrutiny and investigation. In most cases where off-shore structures are put in place the primary objective is fiscal, and for all I know such considerations here played their part. But in this case, where H has already been through three divorces, it may well be that he was keen to shield his resources from matrimonial claims as well. Undoubtedly, H's intention always was that the resources were his and would continue to be his.

[58] I conclude also that the trustees were privy to the sham, at least in the sense that they went along with the intentions of H. In this regard I have observed that the trustees were willing to go along with all of H's actions and did not, from what has been shown to me, attempt at any stage to rein him in. There is support for this interpretation from the

evidence given by Mr Morgan in Jersey. In the course of that testimony he said that 'I believe he [H] is the protector of the trust - and, as such, he is effectively the client' [AA106]. Mr Morgan also observed that he had regarded H as 'de facto principal beneficiary' [AA114]. When dealing with the letters of wishes Mr Morgan was at pains to emphasise that letters of wishes are precatory only and he said that 'where you have a settlor situation, a letter of wishes is for guidance only and the settlor can verbally or in writing give different wishes at any stage' [AA115]. He went on to say that a letter of wishes 'could be changed yesterday; it could be changed tomorrow' [AA113]. That was troubling evidence. It, of course, provokes the question whether or not what H says in the second letter of wishes had in fact been backdated; and I have given due consideration to that possibility. However, I have rejected the evidence that the 'second' letter of wishes was a refinement of the first draft. And I adhere to the conclusion voiced above that these letters were both deliberately produced at the same time: a time when, according to W's evidence about his reaction to discovery of her affair and her offer to depart the marriage if that was what he required, he seemed anxious that on the contrary the marriage should be saved, which she thought was what they set about achieving. That analysis serves too to confirm me in the view that this was not and was never intended by H to be a properly managed and independent trust; but was instead simply an extension of H himself. I conclude, on the material to which I

have referred, that the CI were certainly prepared to go along almost totally passively with the way in which H made plain he intended to manage and was managing this trust.

[59] I should record here that in the latter stages of CI's relationship with H, some suggestion was being made that H and they should part company. The reason for this appears to have been that the regulatory requirements for the management of off-shore companies and trusts in Jersey have become more restrictive; and that Mr Morgan was keen, therefore, to see that proper trading accounts for DM at least were drawn up. He was (for the reasons I have indicated) entirely dependent upon H for the information necessary to have such accounts prepared; and H was not prepared to supply that information to him. Thus it was that Mr Morgan was contemplating an exit strategy for his firm; but in the event that never occurred. This late development in the relationship between H and CI cannot, in my judgment, operate to undermine the conclusion that I have reached on the other material, namely that this trust is a sham. Indeed, it serves to reinforce it.

[60] The result of my findings as to the status of the trust will be that the assets of the trust, namely the shares in DM and in MM, vest in H, as their true and sole owner. It is necessary, therefore, that I should consider what assets remain within those companies and potentially available for the purposes of assessing this ancillary relief claim, and to meet it.

(omissis)

Inghilterra e Galles — High Court of Justice

④

Trust – “sham” – nozione

High Court of Justice, Chancery Division, Rimer J., 11 luglio 2003
 [Shalson and others v Russo and others (Mimran and another, Part 20 claimants)]

Esercitato correttamente il potere di resettlement da parte del trustee, il trust così venuto in esistenza non può essere considerato “sham”, a prescindere dalle aspettative o

dalle finalità dei beneficiari, qualora il trustee si sia comportato in maniera indipendente e abbia correttamente esercitato i propri poteri.

Testo della Sentenza

Headnote

Between 1997 and 2000 the first claimant was fraudulently induced by the

first defendant to part with some £20m on the understanding that it would be used

Nota:

Riproduciamo la *headnote* e parte della sentenza da [2005] Ch. 281. La sentenza sarà commentata da A. Braun nel prossimo numero della Rivista.

Giurisprudenza

for various joint business ventures. The first claimant deposited the moneys with the sixth defendant, a bank which was under the de facto control of the first defendant and which paid money received from its depositors into its account with P, a Swiss bank. In 1998 the first claimant and the first defendant set up a company, E, to be the vehicle for the acquisition of a yacht and over the next two years the first claimant made a series of deposits into E's account with the sixth defendant in pursuance of that venture. In 1999 the first defendant and the eighth defendant set up a company, W, to be the vehicle for joint ventures between them. Between 1999 and 2000 the eighth defendant made four loan payments to W totalling US\$7.5m, the money being paid into the sixth defendant's account with P. The first defendant fraudulently represented that the moneys were to be used in joint venture property transactions, but in fact the first defendant used the funds for his own purposes, including making loan payments to E towards the acquisition of the yacht. In 1999 the second defendant, a Jersey company which was independent of the first defendant, executed a deed resettling on wide discretionary trusts the assets formerly held by it in three trusts settled by the first defendant worth a total of US\$39m. In March 2001, the first defendant, the first claimant and E executed a charge in favour of the first claimant over the loans made to E by the first defendant. Subsequently the claimants, the first claimant and two companies under his control, brought proceedings claiming, inter alia, repayment of the £20m from the first and sixth defendants and damages from the second to fifth defendants for dishonestly assisting in the misappropriation of the claimants' money. On 3 October 2001 the judge gave judgment for the claimants against the first and sixth defendants in the sum of £20m and ordered that the eighth and ninth defendants be joined in the proceedings. The eighth and ninth defendants brought a Part 20 claim seeking, inter alia, (i) to trace the US\$7.5m loan payments through the sixth defendant's account with P and on into further assets acquired with that money, and (ii) a declaration that the settlement of 1999 was a sham whose assets were held on trust for the first defendant, on the ground that,

although the second defendant was not a knowing party to the sham nature of the settlement, the first defendant sought to use it as a vehicle into which he purported to put his own assets whilst in fact ensuring that they were available for his own use.

On the Part 20 claim—

Held, (1) that where a person was fraudulently induced to lend money to another the money advanced did not become subject to an immediately binding constructive

trust in the lender's favour but became the borrower's property both legally and beneficially; that, therefore, the eighth defendant could not establish a proprietary interest in the loan payments on the basis of a constructive trust; that, however, in those circumstances the loan contract between the parties was voidable and could be set aside by the lender; that by issuing the Part 20 claim the eighth defendant had evinced a sufficient intention to impliedly rescind the loan contract between him and W; that upon rescission of a contract for fraudulent misrepresentation the beneficial title in the money advanced reverted in the lender who then enjoyed a sufficient proprietary title to enable him to trace it; and that, accordingly, the eighth defendant was in principle entitled to trace the money advanced to W into assets into which it was subsequently applied.

Banque Belge pour l'Etranger v Hambrouck[1921] 1 KB 321, CA applied.

Dictum of Lord Browne-Wilkinson in *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v Islington London Borough Council*[1996] AC 669, 715, HL(E) not applied.

In re Goldcorp Exchange Ltd [1995] 1 AC 74, PC considered.

(2) Dismissing the tracing claim, that, with the exception of US\$899,702 of the first loan payment which had put the sixth defendant's current account with P into credit, the rest of the money advanced had simply gone to reducing the sixth defendant's liability to P and so had not become represented by an asset into which it was possible to trace; that although the US\$899,702 was in principle traceable into the loans made out of the sixth defendant's account to E, in March 2001 the first claimant became a good faith purchaser for value of those loans without notice of the eighth defendant's claim to trace into them; and that,

accordingly, the eighth defendant's tracing claim failed.

(3) Dismissing the claim for a declaration, that a settlement executed by a settlor and a trustee could not be regarded as a sham unless both the settlor and the trustee intended it to be a sham from the outset, or later came to share such intention; and that, accordingly, since the second defendant had intended the settlement to be genuine the acts or intentions of the first defendant could not have made it a sham.

Snook v London and West Riding Investments Ltd[1967] 2 QB 786, CA applied.

Sentenza

(omissis)

The Mimran parties' challenge to the Brookscastle settlement

[183] As a creditor of Mr Russo, Mr Mimran has an interest in challenging the validity of the Brookscastle settlement. Mr Pooles, for Cantrust, did not argue that Mr Mimran had no status entitling him to mount the challenge.

[184] The Brookscastle settlement ("the settlement") is a Jersey settlement created by a deed of 4 March 1999. The deed was executed solely by Cantrust and purported to resettle, on wide discretionary trusts as to capital and income, the assets formerly held by it in three existing Russo trusts: the Windsor settlement, created on 3 March 1990; the Kensington No 2 settlement, created on 5 February 1993; and the Westbond settlement, created on 14 July 1995. Cantrust recited the resettlement as being in accordance with the wishes of the beneficiaries and protectors of those trusts. The beneficiaries of the settlement were described as being the issue of Pasquale Russo and Rosaria Aiello (Mr Russo's parents), and as being at the date of the settlement the three Russo brothers and their children, namely (i) Mr Russo and his two children, (ii) Renato and his child, and (iii) Roberto and his two children. The trustees had a power both to add beneficiaries (confined to spouses, widows and widowers of the original class of beneficiaries) and to subtract beneficiaries, and they had the widest investment powers. Clause 7(d) provided that it was a condition of the resettlement that trust money should initially be invested with WIB which "shall be the preferred vehicle for

depositing and investing trust funds". The protectors were Renato and Roberto. The scheduled trust assets included seven unquoted investments, money in three currencies at WIB, and ten loans (including £5m due from Seatride). The total value of the resettled assets was said to be some US\$39m. The evidence was that there was an initial list of scheduled assets, which Cantrust regarded as final, but which was then the subject of discussion with Mr Russo and others as to whether it was comprehensive, and it was only later that a definitive list was agreed, which involved some changes to the original list and a substitution of a new one. The reason for the uncertainty was because Cantrust did not have comprehensive records of the assets of the prior trusts, which were in part kept by associates of Mr Russo.

[185] The pleaded claim is that the true settlor or sole beneficiary of the settlement was and is Mr Russo. Its essence is that he used it as a vehicle into which he purported to put his own assets whilst in fact ensuring that they were available for use by him as and when required; and it is said that the settlement was always operated in accordance with his wishes and instructions and was under his effective control. The claim is that the settlement is a sham and that its assets are held for Mr Russo.

[186] This part of the trial followed an unusual course. Mr Trace opened the case on the documents, but withdrew from its further prosecution after the Shalson parties had settled with the Cantrust parties. The Mimran parties then pursued it alone. In Mr Smith's absence, Mr Shipley cross-examined the Cantrust witnesses, and Mr Pooles then embarked on his closing speech. When it was nearing its end, Mr Smith returned to the scene in order (i) to make an application to amend the pleaded case and (ii) to make the Mimran parties' speech in reply. I refused the application for reasons to be given in this judgment, to which I will come later.

[187] Cantrust is a subsidiary in the WJB Chiltern Group. The group's history and structure is complicated, but it is unnecessary to explain it. Cantrust's oral evidence was from Charles Malet de Carteret, Brian Frith and Leslie Perrier, who joined the group in July 1992, on 12 October 1998 and on 1 February 1999 respectively. This claim has (like the oth-

ers) generated a vast mass of files, and a summary of the evidence relevant to it—which was the subject of a somewhat rambling inquiry—is not easy. Before turning to it, I should first endeavour to identify the principles by reference to which the court will consider whether a transaction is a sham. Mention of "sham" invites immediate reference to Diplock LJ's familiar words in *Snook v London and West Riding Investments Ltd* [1967] 2 QB 786, 802, where he said that a sham 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. But one thing, I think, is clear in legal principle, morality and the authorities (see *Yorkshire Railway Wagon Co v Maclure* (1882) 21 Ch D 309 and *Stoneleigh Finance Ltd v Phillips* [1965] 2 QB 537), that for acts or documents to be a 'sham', with whatever 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".

[188] Those principles were reaffirmed and applied by the Court of Appeal in *Hitch v Stone* [2001] STC 214, paras 62-70 of Arden LJ's judgment, with which Sir Martin Nourse and Kay LJ both agreed. Arden LJ re-emphasised, at para 69, that the relevant intention must be a common intention. After a careful consideration of the authorities, the Royal Court of Jersey held in *In re Esteem Settlement* 2003 JLR 188, (to which I was referred by counsel after I had reserved judgment) that the like principle applies to an allegedly sham settlement: both the settlor and the trustee must intend the settlement to be a sham, and they rejected the proposition that all that counts is the settlor's intention. They considered *Abdel Rahman v Chase Bank (CI) Trust Co Ltd* 1991 JLR 103 (a case on which Mr Smith placed some reliance) and concluded that it was not possible to derive from it any decision to the effect that it is sufficient to look only at the settlor's intention in considering whether a settlement is a sham.

[189] If that principle is right, it puts the Mimran parties' case in difficulty.

That is because, during his cross-examination, Mr Shipley conceded that everyone at Cantrust acted honestly in all material respects in relation to the settlement; and Mr Smith conceded in his closing speech that Cantrust was in no sense a knowing party to the allegedly sham nature of the settlement. His case is that it is enough to look at Mr Russo's acts and omissions in relation to the trust assets to enable the view to be formed that the settlement was and is a sham; and that the fact that Cantrust always regarded the settlement as a genuine one is irrelevant.

[190] Despite Mr Smith's 12-page submissions to the contrary effect, I respectfully regard the approach adopted by the Royal Court of Jersey in *In re Esteem Settlement* 2003 JLR 188 as correct. It is not only squarely in line with the guidance given by the Court of Appeal in *Snook v London and West Riding Investments Ltd* [1967] 2 QB 786 and *Hitch v Stone* [2001] STC 214, it also appears to me to be correct in principle. When a settlor creates a settlement he purports to divest himself of assets in favour of the trustee, and the trustee accepts them on the basis of the trusts of the settlement. The settlor may have an unspoken intention that the assets are in fact to be treated as his own and that the trustee will accede to his every request on demand. But unless that intention is from the outset shared by the trustee (or later becomes so shared), I fail to see how the settlement can be regarded as a sham. Once the assets are vested in the trustee, they will be held on the declared trusts, and he is entitled to regard them as so held and to ignore any demands from the settlor as to how to deal with them. I cannot understand on what basis a third party could claim, merely by reference to the unilateral intentions of the settlor, that the settlement was a sham and that the assets in fact remained the settlor's property. One might as well say that an apparently outright gift made by a donor can subsequently be held to be a sham on the basis of some unspoken intention by the donor not to part with the property in it. But if the donee accepted the gift on the footing that it was a genuine gift, the donor's undeclared intentions cannot turn an ostensibly valid disposition of his property into no disposition at all. To set that sort of case up the donee must also be shown to be a party to the alleged sham.

Giurisprudenza

In my judgment, in the case of a settlement executed by a settlor and a trustee, it is insufficient in considering whether or not it is a sham to look merely at the intentions of the settlor. It is essential also to look at those of the trustee.

[191] In the present case, the settlement was in fact executed simply by Cantrust. In particular, Mr Russo was not a party to it. It took effect by way of a resettlement by Cantrust of assets held by it under the prior trusts. In creating the new settlement, Cantrust was exercising powers it regarded itself as having under those trusts, and no pleaded challenge is raised either to the validity of those trusts (it is not suggested they were shams) or to the exercise of the power to resettle their assets. Given those circumstances, the concessions to which I have referred and the principles which I regard as applicable, I am unable to accept the proposition that the settlement created in March 1999 was a sham. If the only person executing the document which created the settlement intended it to be a genuine settlement—as Cantrust did—the acts or intentions of others cannot have made it a sham. As I shall explain, the execution of the settlement was a matter to which various members of the Russo family, including Mr Russo, had given their prior written consent, and I am prepared to assume that those consents were a necessary preliminary to the exercise (I in fact had no argument on that). But whatever may have been the private intentions of the Russo family, if Cantrust intended the settlement to be a genuine one the settlement must have resulted in the resettled assets becoming held on the trusts that Cantrust regarded itself as creating and which, on the face of it, it did create.

[192] The wider case made by the Mimran parties is that Mr Russo always dealt with the alleged trust assets as if they were his own, that he must be regarded as the true settlor of the settlement and that the trustees merely acted on his instructions. For reasons given, I do not accept that that can help their case. But they anyway do not even go the whole way on that. Thus in the Shalson parties' pleaded case, various instances to this effect are alleged. In respect of certain of them, Mr Mimran's pleading expressly adopts a neutral position, with the net result that (the Shalson parties having withdrawn from this claim) the

allegations remain unproved against Cantrust. They include important matters, namely Cantrust's participation in the Rotch Italia, AMEC ventures and Westland agreements. No case has been made that Cantrust's participation in them was merely on Mr Russo's instructions.

[193] There are, in addition, positive examples in the evidence of Cantrust exercising independent control and taking proper possession of trust assets, including assets which (on the face of it) did not even derive from Mr Russo. On 8 October 1998, Mr Russo's parents transferred their interest in certain Italian properties to Hammond Properties Ltd, subject to reserving a life interest in their favour. The transfer was in exchange for shares in Hammond, and on 4 May 1999 they transferred those shares to Cantrust as assets of the settlement. Another example is in relation to the Rotch Italia venture. The shares in Rotch Italia SrL were held equally by Renato Russo (not Mr Russo) and Mr Secchia. They were transferred into a Madeira company called Baroque Services Ltd, and 50% of the Baroque shares were transferred to Cantrust sometime after the creation of the settlement (the other 50% were held by the Tchenquiz Trust, which was administered by Guinness Flight Trustees in Guernsey). The correspondence shows that Renato played a positive personal role in the Rotch Italia matter, and (rather later, on 17 June 2000) Mr Stella of Paisners (Mr Shalson's solicitor) went to Milan to discuss it with him.

[194] As for the proposition that Cantrust simply responded on demand to every request from Mr Russo, that was not proved by the evidence, some of which related to the prior trusts as well as to the settlement. On 30 October 1998, in a memorandum from Mr Beardsley of Chiltern to Mr Malet de Carteret and Mr Frith, there is a reference to "the client" wishing to dispose of assets in the Kensington No 2 and Windsor settlements at below commercial value. I find that "the client" was Mr Russo and Mr Smith makes the fair point that for Cantrust to refer to one of the beneficiaries as "the client" reflects less than total comprehension of its role as trustee. But the memorandum also shows that there was no question of Cantrust agreeing to a disposition of assets at less than full value.

It reflects Cantrust's consideration of whether, under the trust deeds, a different route might enable the like result to be achieved, but makes clear that it was only prepared to deal with the matter in a manner permitted by the deeds.

[195] There is, however, no escaping that in material respects Mr Russo was endeavouring to deal with certain of the trust assets as if they were his own. But an example of Cantrust taking him to task on this is Mr Frith's letter of 18 November 1998. This related to certain transactions Mr Russo had purportedly effected in relation to the Westbond settlement. Mr Frith required the reversal of transactions Mr Russo had purportedly effected on the Westbond settlement's account with WIB, including one transferring £5m to Seatride. The documentary background is that on 30 September 1998 £5m was credited to Cantrust's WIB account, the legend describing this as "Funds received from Mr Pasquale Russo as a donation". On 30 September 1998, Mr Russo wrote in his capacity as protector of the Westbond settlement to Mr Malet de Carteret, expressing his wish that the £5m be transferred to the credit of Seatride's account with WIB. It appears that Mr Russo effected the transfer. Mr Frith pointed out in his letter that Seatride was not a beneficiary, it could not benefit from a remittance of trust funds, and that transfers of money out of Westbond's WIB account required signatures on behalf of Cantrust. He also required a reversal of a loan to Zedfleet Ltd (the former name of SGI, Mr Shalson's company), the transaction being unauthorised by Cantrust. Mr Frith made clear in his letter that before Cantrust could lend to a non-beneficiary it must be given some commercial logic for the lending, and that, where appropriate, Cantrust would expect security. What lies behind these complaints is that because Mr Russo had de facto control of WIB he was in a position to do what he liked with everyone's money in it, including the Westbond settlement's. But this letter shows Cantrust objecting to the unauthorised transactions with trust assets, and requiring their reversal. The Seatride matter became, however, somewhat questionable when it appears that it was only on 2 December 1999 that Mr Petronio sent Mr Perrier Pasquale's signed deed of gift of the £5m—one dated 30

September 1998—and also Mr Russo's letter of wishes dated 30 September 1998 to Mr Malet de Carteret requesting that the £5m be transferred to Seatride's account.

[196] Another instructive document is a Cantrust file note of 28 January 1999, in which Mr Frith and Andre Bischoff (of the London office) met Mr Russo to discuss the amalgamation of the then three existing trusts into the single Brookscastle settlement. Cantrust's note records that the principal beneficiaries of the new settlement were to be Mr Russo and his two brothers (the trust as executed differed slightly from the proposals noted), and that the three brothers had signed an acknowledgment that the current trust assets had all been settled by their father, Pasquale. Pasquale had also signed a letter agreeing to the amalgamation. Mr Russo was to be appointed the investment adviser to the new settlement at a salary to be agreed. The note referred to Cantrust's need to invite letters of wishes from the brothers with regard to their respective interests. It also referred to the fact that Mr Russo was currently securing the Rotch Italia venture, and that in due course the Baroque shares would be transferred to the new settlement. The note concludes with the observation that Mr Russo was keen for the new trust to be properly and professionally run and that he understood that Cantrust needed to control it and have a power of veto. The Mimran parties make no suggestion that Cantrust did not take everything reflected in that note at face value, save that Mr Frith acknowledged that Cantrust did not assume that Pasquale had in fact provided all the assets of the previous settlements. Their view appears to have been that he was appropriate to be regarded as the settlor of the resettlement because he was the head of the family law firm and Cantrust understood he had been the originator of the family's wealth. I record that on 24 September 1999 Mr Perrier sent a fax in which he stated the settlor to be Mr Russo, but Mr Frith's view was that that was simply a mistake. On 1 March 1999, Mr Frith sent Mr Russo a draft of his proposed appointment as financial adviser to the Brookscastle settlement (which was to be created three days later). It said that: "You will note that the financial terms have been left open, failing which we can include the figure

referred to by your father." On 22 March 1999, Mr Frith wrote a letter to Mr Russo with regard to the possibility of 16 Old Bond Street Ltd (a trust asset) making distributions of profits to charity. The letter shows Mr Frith applying an independent mind as to whether this could or could not be done: he was not simply going along with what Mr Russo wanted.

[197] On 19 March 1999, Mr Stella of Paisners—Mr Shalson's solicitor—wrote to Mr Frith with regard to the possibility of Cantrust investing with Mr Shalson in the AMEC venture. He so wrote because Mr Russo had, in his capacity as financial adviser to Cantrust, introduced the possibility to Mr Shalson. Mr Stella provided explanations and material to Mr Frith, who on 25 March 1999 made his comments on the draft agreement that Mr Stella had provided. This is a working example of Mr Frith dealing with a trust matter on behalf of Cantrust: he was not simply dancing to Mr Russo's tune. Mr Frith responded to Mr Stella on 25 March saying that in principle Cantrust agreed, but also raising various points, including that he had a number of comments in relation to the draft joint venture agreement, on which he would write separately. In the event, that proposed joint venture came to nothing.

[198] A file note of Mr Frith dated 15 April 1999 reflects further positive action being taken by Cantrust with regard to the settlement's affairs. Mr Frith refers to various ongoing matters. One related to a proposed purchase by the settlement from Slough Estates of a property in Oxfordshire. Mr Russo was pursuing the matter, but the note records that Cantrust was applying its own mind to it. It records that Mr Russo's mother was passing the Hammond shares into the trust, as she did, and it refers to the Rotch Italia venture. It records that Mr Russo "had still not agreed the schedule of assets for Brookscastle and we are to liaise with him next Monday on this matter". It reflects that Mr Russo was driving the transactions, but that Cantrust was involving itself in what he was doing. On 15 April 1999, Mr Frith wrote to Mr Russo saying that Cantrust had spoken extensively to Knight Frank & Rutley with regard to the Oxfordshire property, had made an offer of £5.8m, had been told that it would be unlikely to be accepted unless increased and that Cantrust had concluded that it

should not be increased. Mr Frith concluded his letter by saying that it was unlikely that Cantrust would acquire the property.

[199] Mr Frith made a file note on 19 November 1999 of a conversation he had had with Mr Russo. It related to various transactions (including Rotch Italia and AMEC). It reflects what appears to be a proper communication between Cantrust and its investment adviser, Mr Russo, about trust matters. It does not reflect that Cantrust was simply acting on Mr Russo's bidding. Consistently with this, a file note by Mr Frith of 11 January 2000 records him following up a proposal by Mr Russo with regard to the adoption of a new corporate structure in relation to the AMEC project, and reflects Mr Frith's concern to be informed as to what it involved and the need for Cantrust to consider whether it should take on "the active management role" in the project. In like vein is a fax of 21 November 2000 from Mr Perrier to Renato Russo complaining that a general meeting of Baroque had been purportedly held without the settlement having been given prior notice. Mr Perrier wanted to know who had claimed to represent Cantrust at the meeting. He asked for a copy of the minutes and a copy of certain accounts before he was prepared to consider making a requested payment. This shows that the Russo brothers were doing things in relation to trust matters without proper prior reference to Cantrust, but it also shows that Cantrust was unhappy about it and wanted to be kept in the picture. An exchange of faxes in November 2000 between Paisners and Cantrust with regard to a possible joint venture agreement relating to something called Visson also reflects Paisners' assumption that Cantrust was a party with whom they had to deal. I have earlier referred to Mr Frith's refusal in February 2001, on behalf of Cantrust, to sign the long backdated assignment of Brookscastle's alleged debt from Edenton to Hamilton. If Cantrust were just acting as Mr Russo's nominee, it might well have taken a less independent line.

[200] These various references provide pointers away from the settlement being one in which Cantrust simply did what Mr Russo asked of it or allowed him to treat the trust assets as his own. Other evidence shows, however, that the opera-

Giurisprudenza

tion of the settlement—as of the prior trusts—was not regarded by Cantrust as straightforward. Thus when Mr Frith joined Cantrust in October 1998, he said in a note of 9 November 1998 that he “found the constant change in beneficiaries and protectors under the current deeds somewhat confusing and that it is not normal for a trust to be used in this way”.

He explained that he found it difficult to identify who the beneficiaries were. He was also concerned to discover that Cantrust did not have a full record of all the assets of the three trusts, and he admitted that at that stage a lot needed to be done to put the trusts’ affairs in order. Cantrust’s concern about this is reflected in a note made by Mr Beardsley (a file handler at Chiltern’s London office) at about the end of 1998 or early 1999 of a meeting he had had with Mr Frith recording the latter’s concern at the way that “the settlors/protectors/beneficiaries change regularly and if ever up in court the trusts would appear a sham!!!” The note recorded that Mr Frith wanted to meet the “clients” in Jersey to discuss the matter, and that he wanted all shares in the trusts to be kept in Jersey. It reflects Mr Frith’s ambition to bring a degree of order to the trusts. In his oral evidence, Mr Frith said the reference to “settlors” changing regularly was probably incorrect, and he did not understand that reference. Nor do I: I do not understand how a *settlor* can change. Mr Frith also said that he did not consider that regular changes of protectors and beneficiaries would point to the trust being a sham, and questioned the accuracy of what the note attributed to him. Mr Malet de Carteret, whose experience of the prior trusts goes back to 1992, denied that at any stage there was any uncertainty as to their respective beneficiaries.

(omissis)

The issues

[212] The case pleaded against Cantrust is, in summary, that the Brookscastle settlement was a device in respect of which the true settlor and sole beneficiary was Mr Russo; and that he used it to pretend that assets which were really his were in fact assets of the settlement, whilst his true intention at all times was that he could and would be able to use those assets for his own purposes as

and when he required to do so. The purpose, it is said, was to prevent his assets being applied in satisfaction of his personal obligations. The pleaded case asserts that this was all done with Cantrust’s knowledge. It therefore alleged that Cantrust was a dishonest party to the creation of a sham trust intended to defraud creditors.

[213] In the event, no attempt was made by the Mimran parties to make out any such case against Cantrust. Mr Shipley, in his cross-examination, disclaimed any suggestion that anyone at Cantrust had ever acted dishonestly and Mr Smith in his address adopted that disclaimer and conceded that Cantrust was at no time privy to any dishonest designs on Mr Russo’s part. He also disclaimed any suggestion that Cantrust regarded the Brookscastle settlement as a sham, or that either at its inception or at any time it was party to some agreement with Mr Russo that the settlement was intended to operate otherwise than in accordance with its terms: there was no side agreement between them, or even a side understanding. In short, the case pleaded against Cantrust was abandoned. I might also add that many of the factual matters raised in the pleaded case were not even put to the Cantrust witnesses, but I do not propose to identify them.

[214] I therefore start from the position that there is no challenge to the validity of the three prior trusts, and the Brookscastle settlement which Cantrust executed in March 1999 resulted from the exercise by it of powers under those settlements to resettle the settled assets. There is no challenge to the validity of that exercise and, given the concessions, the bona fides of Cantrust in the exercise is not in question. Had I permitted the amendments, there might have been a question as to whether the assets were identified with sufficient certainty for the purposes of the new settlement, and there might also have been a point as to whether the subsequent alterations to the scheduled assets affected its validity. But even if there is something in these points, presumably the consequence would be that the assets purportedly resettled would not have been resettled at all and would still be held by the three prior trusts (subject always to any issue as their validity): they would not simply become Russo assets.

[215] In these circumstances, and given that I take the view, for reasons given, that if the settlement is to be held to be a sham, it is essential to show that Cantrust was a knowing party to the sham, I consider that the attack on the validity of the settlement must fail. Mr Smith submitted, however, that I could nevertheless regard Mr Russo’s de facto control over the trust activities as sufficient to justify a conclusion that in reality the settlement was, and should be held to be, a sham.

[216] I was not persuaded by that case, which I regard as failing to meet the real point. First, it is not good enough to approach this sort of argument in the generalised way in which the Mimran parties did. What needs to be done is to focus on a particular Russo asset or assets and then ask the question whether or not it has become an asset of the Brookscastle settlement. If it has, by being vested in Cantrust, then (for the reasons given) I do not understand on what basis it cannot or should not be regarded as other than a genuine trust asset. If it has not, then the question does not arise. Secondly, I anyway do not accept the proposition that the settlement was under Mr Russo’s effective control in any ultimately relevant sense. I readily accept that he played a major part in the operations of the companies owned by the trust. That is not surprising. He was the settlement’s investment adviser, he was regarded as a highly competent and successful businessman and Cantrust was entitled to allow him to negotiate the deals he did, although its stance was that the ultimate decision was a matter for it. There is no doubt that Cantrust regarded him as honest and that it had no reason to believe he was engaged in wholesale fraud. Mr Shalson and Mr Mimran had similar respect for his business acumen, abilities and integrity. But the evidence anyway does not show that Cantrust simply responded to his every request, or allowed him to run the trust. It shows that it sought to bring its own mind to bear on the transactions he was proposing, and there is no suggestion that this was all a mere pretence. It also shows instances of Mr Russo purporting to do things on behalf of the settlement without authority. But those acts were not the acts of Cantrust and so I cannot see their relevance: Cantrust had the option of adopting or disowning

them. It also shows that Cantrust occasionally acted unprofessionally, being prepared to take at face value so-called deeds of gift which it knew were backdated. But given the disclaimer that Cantrust was a party to any alleged sham, I regard this as of little materiality. The terms of the settlement also show that Mr Russo wanted the trust money to be deposited at WIB. That was an unusual provision, on which Mr Smith placed great reliance, and it may well be that Mr Russo's motive was so that he could help himself to it. But there is no evidence that Cantrust knew of that, or intended that, or that it intended other than that it should have proper control of the trust money so deposited. On the contrary, Mr Frith said Cantrust had no intention that Mr Russo

could take control of the trust money. Mr Smith submitted that this was an example of Mr Russo not divesting himself of trust assets at all, but as retaining dominion over them at all times, so as to be inconsistent with any intention to settle them. I doubt if that analysis is correct. If the money never became trust money, then it was not settled property. If it did, and Mr Russo simply misappropriated it by using his de facto control of WIB, then what he was doing was misappropriating trust assets.

[217] The evidence overall satisfies me that Cantrust was doing its best, if not always very cleverly, to control the affairs of the settlement, albeit that Mr Russo was often several steps ahead of the game, resulting sometimes in Cantrust having to

catch up with what he had been doing. I find that, whatever Mr Russo's intentions with regard to the settlement, Cantrust executed the document that created it with the honest belief and intention that it was creating a valid settlement, and was at no time a party to any understanding with Mr Russo that the settlement was merely warehousing his assets. I decline to find that the settlement was a sham or that it is appropriate to pierce the settlement's veil and declare that assets duly vested in it in fact belong exclusively to Mr Russo. I dismiss the claim against Cantrust.

(omissis)

Divulgazione dei documenti del trust a “potenziali non beneficiari”

Jersey – Court of Appeal

Documenti del trust – divulgazione a soggetti la cui posizione beneficiaria è dubbia – discrezionalità del giudice

Court of Appeal, M.J. Beloff, Q.C., Pres., J. Nutting, Q.C., D.A.J. Vaughan, Esq., C.B.E., Q.C., 10 settembre 2004 [In the Matter of Internine Trust and Intertraders Trust and in the Matter of The Trusts (Jersey) Law, 1984 Articles 47 and 49; and in the Matter of the Representation of Sheikh Mohamed Ali M. Alhamrani, Aheikh Siraj Ali M. Alhamrani, Aheikh Khalid Ali M. Alhamrani, Sheikh Abdulaziz Ali M. Alhamrani and Sheikh Ahmed Ali M. Alhamrani]

L'autorità giudiziaria può ordinare la divulgazione di documenti inerenti il trust e la sua gestione qualora, dopo aver verificato gli interessi delle parti in causa, reputi che la stessa possa contribuire a risolvere una controversia; in particolare, se le circostanze lo richiedano, il giudice è eccezionalmente dotato del potere di ordinare la divulgazione di tali documenti a soggetti la cui posizione giuridica beneficiaria sia incerta.

Testo della Sentenza

Vaughan J.A.:

1. On 30th April 2004, an application by the Third to Seventh Respondents to the Samedi Division of the Royal Court asked that the First Respondent and the Second Respondent should disclose all information relating to the Internine Trust and the Intertrader Trust, together with information relating to the underlying companies for the period from 1st September 2000 to date. This was to include, for the avoidance of doubt, responses for that period to the questions attached at Schedule 1 to the Summons. This information was to be disclosed to the Third to Seventh Respondents who have been referred to in the underlying disputes as “the First Party”.

2. Leave to appeal that Order was refused by the Royal Court, but on 8th July 2004 was granted by a Single Judge of the

Court of Appeal. It was ordered that the appeal should be heard at the present sitting of the Court of Appeal, and time abridged to enable this to happen. A stay was granted pending the determination of this appeal. All this was on the understanding that work by the Trustees should proceed, so that if this appeal were dismissed, it should be possible for the financial information to be disclosed very promptly because by then the Trustees would have had enough time to prepare the information. The Second Respondent considers that if this appeal is dismissed, the information will be available in the next week or so.

3. It is not necessary to go into any detail about the background to this matter, suffice it to say the proceedings arise out of a bitter dispute between the nine brothers and sisters of the Alhamrani family. Originally there were two sides, the First Party who comprised the Third to Seventh Respondents and the Second Party (the Representor and the Eighth to Tenth Respondents), but the Eighth to Tenth Respondents who were originally affiliated with the Representor and formed the Second Party, have now broken ranks and are taking a separate stance allied to the First Party.

4. All of the nine brothers and sisters are listed as beneficiaries of the two Trusts, which are Jersey Trusts. In September 2000, an agreement called the Disengagement Agreement was entered into and in very broad terms this provided that the First Party should take the assets in Saudi Arabia and the Second Party should take the assets elsewhere including the Jersey Trusts with an appropriate balancing payment.

5. In 2003 both the Representor and the First Party instituted proceedings before the Royal Court in relation to the Trusts. The proceedings raise a number of issues which have conveniently been

summarised as Issues 1 to 12. Issues 1 to 5 relate to the validity of one or more deeds executed in relation to the Trust, and Issue 6 in effect relates to whether, as a result of the Disengagement Agreement, the members of the First Party have disclaimed their interests in the two Trusts, or alternatively, under Saudi law, have come under some binding obligation to disclaim their interests in those Trusts. That is the allegation raised by the Representor.

6. There have been a number of interlocutory applications but the result of these is that the Court has ordered the trial first of Issues 1 to 6. This is due to take place before Commissioner Page. It was originally hoped to be in October this year but is now scheduled to take place on 12th January 2005 and is expected to last for 5 weeks. The remaining issues will form the subject of a second trial.

7. On 7th November 2003 the Royal Court had ordered that the Trustees should not disclose financial information or documents concerning the Trusts to the First Party until further order. On 14th January 2004 that order was varied and the Trustees were ordered to disclose information relating to the period before 1st September 2000, i.e. before the Disengagement Agreement. That order was not challenged, although the First Respondent did not comply with the order and it was necessary for the Royal Court to make a peremptory order, under pain of contempt, that the information be supplied by 1st June 2004.

8. On 6th January 2004 the Board of Grievances in Saudi Arabia, which is in

Nota:

Riproduciamo il testo della sentenza da [2004] JCA158.

Manca il Sommario poiché i fatti sono ampiamente narrati da E. Berti-Riboli, *supra*, 223.

essence a tribunal of first instance, issued a written judgment holding the Disengagement Agreement, which secured the division of the assets of the family, to be null and void. Following that decision, the First Party applied for disclosure of the post-September 2000 financial information concerning the Trusts, and it was that application which was heard by the Royal Court on 30th April 2004.

9. Counsel for the First Party before the Royal Court relied upon a number of factors which in his submission indicated that the Court ought in the exercise of its discretion to order disclosure. The main factors were:

i. The Grievance Board in Saudi Arabia had given its judgment rejecting the implementation of the Disengagement Agreement by which the assets of the family were to be divided between the branches, then described as the First and Second Parties. This was significant, Counsel submitted, because the Disengagement Agreement was the foundation of the argument that the members of the First Party had disclaimed or were to be deemed to have disclaimed their beneficial interests in the Jersey Trusts.

ii. Concern had arisen that the value of the Trusts had diminished and that distributions had been made out of the Trusts to non-beneficiaries. It seemed that the value of both Trusts had fallen from \$131 million to \$62 million. Counsel submitted that members of the First Party were therefore very concerned to ascertain what was the current financial position of the two Trusts.

10. The Royal Court upheld that application making it clear that it was exercising its equitable jurisdiction and in exercise of its discretion, relying in particular on passages from the judgment of Lord Walker in *Schmidt v Rosewood Trust Limited* (2003) All ER 76(1) at 96 where he stated:

"[66] Their Lordships have already indicated their view that a beneficiary's right to seek disclosure of trust documents, although sometimes not inappropriately described as a proprietary right, is best approached as one aspect of the court's inherent jurisdiction to supervise (and where appropriate intervene in) the administration of trusts. There is therefore in their Lordships' view no reason to draw any bright dividing line either between transmissible and non-transmissible (that

is, discretionary) interests, or between the rights of an object of a discretionary trust and those of the object of a mere path (of a fiduciary character). The differences in this context between trust and powers are (as Lord Wilberforce demonstrated in *McPhail v Doulton* [1972] All ER 228, [1971] AC 424 a good deal less significant than the similarities. The tide of Commonwealth authority, although not entirely uniform, appears to be flowing in that direction.

[67] However, the recent cases also confirm (as had been stated as long ago as *Re Cowin* (1886) 33 Ch D 179) that no beneficiary (and least of all a discretionary object) has any entitlement as of right to disclosure of anything which can plausibly be described as a trust document. Especially when there are issues as to personal or commercial confidentiality, the court may have to balance the competing interests of different beneficiaries, the trustees themselves and third parties. Disclosure may have to be limited and safeguards may have to be put in place. Evaluation of the claims of the beneficiary (and especially of a discretionary object) may be an important part of the balancing exercise which the court has to perform on the materials placed before it. In many cases the court may have no difficulty in concluding that an applicant with no more than a theoretical possibility of benefit ought not to be granted any relief."

11. The Royal Court set out three grounds in its judgment for ordering disclosure:

i. The decision of the Board of Grievances, declaring the Disengagement Agreement to be null and void, had returned the parties to the status quo ante and thus the members of the First Party were and remained beneficiaries under the Trusts;

ii. That of the former members of the Second Party, three of them no longer objected to the disclosure of the information and now it was only the Representor who did;

iii. Even if the Court of Appeal in Saudi Arabia were subsequently to overturn the decision of the Board of Grievances and uphold the Disengagement Agreement, there would be no detriment to the Representor. Indeed it was pointed out that the Representor was prepared to consent to this disclosure provided that

the First Party agreed to a stay of proceedings pending the result of the outcome of the Saudi Arabian appeal.

12. Advocate James for the Representor asked whether, if the Royal Court were minded to exercise its discretion in this way, it could make it a condition of disclosure that the First Party make equivalent disclosure in Saudi Arabia relating to the companies or partnerships in the ownership of the family. Mr James passed to the Court a translation of a letter dated 20th March, 2004, which he said, on instructions, had been rejected by the First Party and to which his client had had no reply or acknowledgement since it had been delivered by the official service.

13. The Royal Court did not think it appropriate to make the order for disclosure in Jersey in any way conditional upon the First Party offering equivalent disclosure in Saudi Arabia. However as they were exercising an equitable jurisdiction, the Royal Court stated that it hoped that the First Party would respect the wish of the Royal Court that disclosure of all documentation, and of all information relating to the family companies to which the Representor entitled would be made without inhibition with the clear intention that full mutual disclosure might facilitate a settlement of all disputes between the family members.

14. Advocate Taylor for the First Party told the Royal Court that as a matter of principle the First Party would not deny access to information to any shareholder pursuant to his rights and entitlements, under Saudi Arabian law. The Royal Court recorded that undertaking given on the instructions of the First Party.

15. Whether this has taken place is a matter of continuing dispute.

16. Matters have advanced rapidly in Saudi Arabia. At the time when the Royal Court delivered its judgment the only development had been the decision of the Board of Grievances. When leave was granted, an appeal against that decision had been made by the Representor to the Court of Appeal of Saudi Arabia, and it was contended by the Representor that if the appeal succeeded the status quo an-

Nota:

(1) *Schmidt v Rosewood Trust Limited*, in questa Rivista, 2003, 586.

Giurisprudenza

te would be restored and the First Party would prima facie no longer be beneficiaries or entitled to information.

17. However, even more recently the Saudi Court of Appeal has rejected the Representor's appeal, by an order given in July 2004 after the decision of the Single Judge. For a reason which is not entirely clear the Representor did not become aware of that decision until the First Party (who were not parties to the appeal) produced it to the Court on 25th August 2004. So the position now reverts to that as decided by the Board of Grievances i.e. that the First Party are beneficiaries.

18. The Representor claims in a letter dated 6th September 2004 that he has further remedies available to him in Saudi Arabia, namely

i. to refer the matter back to the Saudi Court of Appeal for reconsideration on the basis of new evidence which is said to consist of two letters dated June 2004, that is to say before the decision of the Court of Appeal. The Saudi lawyer for the First Party, by letter dated 8th September 2004, casts strong doubt as to whether such a course is in fact open to the Representor under Saudi procedural law, but of course this Court is in no position to decide that issue.

ii. By recourse to the Supreme Judicial Council of Saudi Arabia, which is apparently a very rare event and can only be done if there is a successful petition to the King.

19. Accordingly the present position is that the Disengagement Agreement remains null and void, and that the decision of the Board of Grievances can only be overturned by the use of exceptional procedures, and in any event whether or not they were successful, there would still remain the issues to be decided under Jersey law under Issue 6, i.e. whether the Disengagement Agreement, even if valid under Saudi law, was effective as a disclaimer of the beneficiaries' rights as a matter of Jersey law under the Jersey Trusts.

20. The position in Saudi law, we were informed, would not be finally resolved until mid 2005 at the earliest, that is to say six months after the substantive Jersey hearings in relation to Issues 1-6, and even then, there could be further appeals to this Court on Issue 6 or connected issues.

21. What can the Jersey Courts do in the meanwhile pending final resolution

of the Saudi and the Jersey disputes as to whether or not the First Party are beneficiaries of the Jersey Trusts? The Representor says we can do nothing in favour of the First Party until the issue of whether or not they are beneficiaries has been conclusively resolved in all jurisdictions, for he claims that the principles set out in *Schmidt v Rosewood Trust Limited* (*supra*) only apply to those who are in fact beneficiaries. The First Party contends the Jersey courts do have such power under Jersey law and have supervisory power in favour of the First Party in the situation of the present case and in particular rely on the dismissal of the Respondent's appeal to the Saudi Court of Appeal, and the fact there only remains at most exceptional remedies available to him in Saudi Arabia. The Trustees remain neutral.

22. The Second Respondent has most helpfully drawn the Court's attention to the 2004 Withers Lecture given by Mr Justice Lightman published in the Newsletter of Contentious Trust and Probate Specialists on the Trustees' Duty to Present Information to Beneficiaries. Of course it is necessary to bear in mind his warning that the lecture only expresses personal views and should not necessarily be assumed that that even if such issues were to come before him in his judicial capacity he would, with the assistance of counsel, take the same view. Nevertheless his views must be treated with great respect and I consider him to have set out the position correctly. In that lecture he summarises the effect of paragraph 67 of *Schmidt* as follows:

"In summary (a) the right of a beneficiary is not a right to access to trust documents or information, but an equity incident to his beneficial interest entitling him to invoke the discretionary jurisdiction of the court to require the trustee to make disclosure. In the words of Nicholas Le Poidevin in a valuable article with the enticing title: *The Elephant's Child*, "*Schmidt* is one of many instances of the modern tendency of the court to prefer discretion to hard and fast entitlements"; (b) a beneficial interest carries with it this incident whether it is transmissible or non-transmissible (i.e. discretionary) and whether it is the interest of the object of a discretionary trust or that of the object of a power; (c) if the existence of the interest is uncertain, e.g. if it depends upon

the resolution of an issue of construction of the settlement by the court, the court will (at any rate in any ordinary circumstances) defer any decision whether to give any direction to the trustees to make disclosure until the issue of construction has been decided."

It thus follows that although he accepts that in the ordinary event the Court will defer decisions on directions until the issue of whether a party is a beneficiary is decided, he accepts there may be exceptional cases where this is not appropriate. The issue is whether this is such an exceptional case.

23. I have no doubt that in the circumstances of the present case the courts in Jersey do exceptionally have power to exercise supervisory power in favour of the First Party. In particular I rely on the facts that:

i. the First Party are not strangers to the Trusts for it is undisputed that they were named beneficiaries and that, at least until September 2000, they were beneficiaries of the Trusts.

ii. There is no doubt that in the light of the decision of the Board of Grievances, and now of the Saudi Court of Appeal, the Disengagement Agreement remains null and void, and, subject to other possible contentions, revert to being beneficiaries of the Jersey Trusts, and will do so until such time as the Representor is successful in the exercise of his exceptional remedies in Saudi Arabia, and even if he were successful, Jersey law may still declare the First Party to be beneficiaries.

iii. If the Representor were to be correct, it would be many years before the issue of the identity of the beneficiaries were finally determined, in which time, again if the Representor were correct, there would be no power in the Royal Court to exercise its supervisory powers in favour of disclosure to the First Party and exercise any balancing powers in relation to the Trusts. This would be most unsatisfactory and although it could order disclosure to those who were undoubtedly beneficiaries, it could never order disclosure to those who had merely a claim to be beneficiaries.

iv. It would mean that in carrying out the balancing exercise the interests of those who had real claims to be beneficiaries could never be taken into account, whilst it was only those with undisputed claims (such as the Ninth and Tenth Re-

spondents) whose interests could be taken into account .

v. It would mean that the Royal Court's objective of securing disclosure on both sides to facilitate a settlement of disputes could never be achieved at least until all matters relating the identity of the actual beneficiaries were finally resolved.

24. In addition I consider, as did the Royal Court, the following factors would favour disclosure to the First Party of the requested information:

i. Disclosure to all could facilitate settlement of the family dispute;

ii. The fact that in considering the balancing of interests, it is now only the Representor who opposes disclosure and it is not opposed by those who were also formerly members of the Second Party or by the Trustees of the two Trusts;

iii. The Representor's objections do not appear to be based so much as a matter of principle but of expediency, for he was prepared to accept disclosure if the

First Party were (*inter alia*) to agree to the Jersey proceedings being stayed until the decision of the Saudi Court of Appeal, which has now taken place.

25. For these reasons I consider that the Royal Court was correct in exercising its discretion in favour of the provision of the financial information to the First Party, and in any event I do not consider that there is any reason to interfere with the exercise of its discretion.

Proseguiamo la raccolta delle sentenze “storiche” sul trust.

Comune volontà delle parti ed intento simulatorio: la definizione di “sham”

Inghilterra e Galles – Court of Appeal

“Sham” – definizione – intento simulatorio – comune volontà delle parti

Court of Appeal, Lord Denning M.R., Diplock, Russell, JJ., 16 gennaio 1967 [Snook v London and West Riding Investments Ltd.]

Può essere dichiarato sham (simulato), e quindi nullo, l'atto o il documento che le parti abbiano compiuto o sottoscritto con il comune intento di ingenerare in altri il convincimento che esse desiderassero creare un particolare diritto o obbligo, intendendo, in realtà, farne sorgere uno differente.

Sommario

In questo numero della Rivista sono edite diverse sentenze in tema di *sham trust*: pubblichiamo ora la pronuncia della Court of Appeal nella quale, per la prima volta, leggiamo una definizione di cosa costituisca “sham”.

L'oggetto della fattispecie, in realtà, non attiene ad un trust, bensì ad un contratto di *sale and lease back* che celava, in effetti, un mutuo assistito da garanzia reale.

Questi i fatti. Nel 1963 il Sig. Snook ha acquistato, mediante un contratto di *leasing* sottoscritto con la Totley Investments Ltd., un'automobile: l'anno successivo, desiderando avere una certa disponibilità economica, contratta con la Auto Finance la concessione di un mutuo assistito da una garanzia reale sulla medesima auto. L'operazione, tuttavia, formalmente viene strutturata come se si trattasse di un contratto di *sale and lease back*, in base al quale, tra l'altro, il finanziamento è concesso non dalla stessa Auto Finance, bensì dalla London and West Riding Investments Ltd.

A seguito del mancato pagamento

delle rate, la London and West Riding Investments Ltd. vende la vettura a terzi. A questa operazione si oppone il Sig. Snook adducendo che in realtà la società non aveva alcun potere di vendita del bene perché non si trattava di un vero contratto di *leasing*, bensì, appunto, di un mutuo assistito da garanzia: il contratto precedentemente stipulato, dunque, era “sham” e la società non poteva vantare alcun diritto proprietario.

In primo grado il giudice accoglie la domanda dell'attore. Avverso questa sentenza propone appello la convenuta e la Court of Appeal, con una decisione presa a maggioranza (Lord Denning, infatti, ha dissentito), riforma il giudizio precedente.

Particolarmente significativa è l'opinione di Lord Diplock. Pur dubitando di poter cogliere un'accezione tecnica del termine *sham*, infatti, egli ne fornisce la prima definizione. Sono *sham* gli atti compiuti o i documenti sottoscritti da soggetti che, per il loro tramite, intendono ingenerare in terze persone o nel giudice il convincimento che sia sorto tra di esse un diritto o una obbligazione differenti da quelli realmente intesi. Inoltre ed in ogni caso, affinché un atto o un documento possa essere dichiarato *sham* è necessario che, indipendentemente dalle conseguenze che esso può produrre, tutte le parti contrattuali intervenute abbiano avuto una comune intenzione simulatoria.

In effetti, nel caso concreto il contratto era stato stipulato dal Sig. Snook con intento simulatorio ed un danno di un terzo, al quale ora vorrebbe apporre la simulazione.

È proprio la sussistenza di un rapporto contrattuale che consente a Lord Diplock

di enunciare il principio suesposto, ma stante l'insussistenza di intento simulatorio da parte della London and West Riding Investments Ltd., la domanda attorea deve essere rigettata e la sentenza appellata riformata.

(E. B.)

Testo della Sentenza

By his particulars of claim, the plaintiff, Alan Snook, claimed against the defendants, London and West Riding Investments Ltd., inter alia, that in January, 1964, he was the hirer under a hire-purchase agreement with Totley Investments Ltd. (“Totley”) of a 1963 M.G.B. motor car and wishing to raise a loan of £300 thereon, he negotiated such a loan with Auto Finance Services (Hallamshire) Ltd. (“Auto Finance”); that the defendants were industrial bankers and the loan of £300 was obtained from them on the security of the car; that for the purpose of securing the loan the plaintiff, Auto Finance and the defendants executed various documents which purported to effect or evidence a purchase from the plaintiff by Auto Finance of the plaintiff's rights in the car, the settlement of the outstanding balance of the hire-purchase agreement with Totley, the invoicing of the car to the defendants by Auto Finance and the hiring back of the car to the plaintiff by a hire-purchase agreement dated January 27, 1964; that these docu-

Nota:

Riproduciamo il testo della sentenza da [1967] 2 Q.B. 786.

ments were a sham and misrepresented the transaction which had taken place in which, inter alia, all the assertions in the invoice of the car to the defendants were untrue, the alleged cash price and the initial payment being entirely bogus and the car not being Auto Finance's absolute property; that the transaction was not a hire-purchase agreement but a loan of £300 on the security of the plaintiff's car and within the Bills of Sale Act, but the purported hire-purchase agreement was not registered as a bill of sale; that on June 6, 1964, when the plaintiff owed the defendants about £325 10s., they, by their servants or agents, wrongfully seized and converted the car which they wrongfully sold for about £800. The plaintiff claimed £474 10s. as damages for conversion, alternatively as money had and received by the defendants to the plaintiff's use.

In their defence, the defendants alleged that the plaintiff's contract of hire-purchase with Totley was terminated on or about January 24, 1964, by the payment of £160 by Auto Finance to Totley and that thereafter Auto Finance became the owners of the car; that by agreements on or about January 27, 1964, Auto Finance sold the car to the defendants and the plaintiff and the defendants entered into a contract of hire-purchase in respect thereof; that in breach of that contract of hire-purchase the plaintiff paid only one monthly instalment and that in June, 1964, the defendants repossessed and sold the car; and that in the premises the defendants never lent the plaintiff £300 or any sum and never wrongfully converted the car.

On May 26, 1966, at Sheffield County Court, Judge Ould gave judgment for the plaintiff for £449 10s.

The defendants appealed. The grounds of appeal were, inter alia, that the judge was wrong in holding that there had been no transfer of ownership of the car from Totley to Auto Finance; that the ownership of the car was transferred from Totley to the plaintiff; that Auto Finance did not transfer ownership in the car to the defendants and that the defendants did not acquire title thereto; that there was a breach of the relevant hire-purchase regulations in relation to the contract of hire-purchase between the plaintiff and the defendants and that that contract was illegal and void; that the said contract was a sham and that the transaction was a loan of money upon the securi-

ty of the car which was unenforceable as an unregistered bill of sale; that the defendants were guilty of converting the car.

The facts are fully stated in the judgments.

(omissis)

LORD DENNING M.R. In September, 1963, Mr. Snook, the plaintiff, got from a dealer a brand new M.G. car. The cash price was £935 19s. 8d. He paid most of it cash down, £735 19s. 8d., leaving only £200 outstanding. He arranged to pay off this £200 on hire-purchase terms. The dealer introduced him to a finance company called Totley Investments Ltd. (which I will call Totley). On September 16, 1963, Totley lent him the car on these hire-purchase terms:

Balance outstanding	£200
Finance charge	15
Option fee	1
	£216

payable by 12 monthly instalments of £17 18s. 4d., the first payable on October 16, 1963.

Mr. Snook duly paid to Totley the first three instalments due in October, November and December, 1963, coming to £53 15s., leaving £161 5s. outstanding. But then he wanted to raise some money on the car. He saw an advertisement by another finance company called Auto Finance (Hallamshire) Ltd. ("Auto Finance") which said:

"Auto Finance puts common sense into credit. We can help you. Refinance: We pay off your existing hire-purchase debt and refinance this over a further period of 12 to 36 months, thus reducing monthly payments."

Mr. Snook went to Auto Finance. He saw a Mr. Hukins, who in his presence telephoned Totley and asked for the "settlement figure." Totley said that they would accept £160 in settlement if paid within seven days. Mr. Hukins then told Mr. Snook that they would pay out Totley and allow him a further £100.

In order to carry out this refinancing operation, Auto Finance put before Mr. Snook a number of documents for signature. Mr. Snook signed them believing that they would produce the desired result. They turned out to be a sham. The judge so found. They dressed up the "refinancing operation" to look like a new hire-purchase transaction: whereas it was really a loan on the security of goods. The

first document was a letter addressed to Totley. It said:

"I have sold my rights in the above vehicle to Auto Finance Ltd., subject only to your lien which they will discharge. Will you please inform Auto Finance how much you require to settle my obligations to you and to pass title absolutely to them in the vehicle."

On the bottom half there was a reply ready for Totley to sign. It was addressed to Auto Finance and said: "We are prepared to sell title in the above vehicle to you absolutely for the sum of £ ..., this amount to be received within 7/14/21 days of this date." Mr. Snook signed the top half, and left the paper with Auto Finance. But it does not appear that they ever forwarded it to Totley. They seem to have kept it in their office. The bottom half was never signed by Totley. The blank figure was never filled in. Most important of all, the statement in the top half, "I have sold my rights ... to Auto Finance," was not true. The judge found it was not true. Mr. Snook had not sold his rights to them. They were worth £700 or £800 and they did not pay him a penny for them. He was in sole possession of the vehicle and had never parted with it to anyone.

It is equally important to note that Totley never sold their interest to Auto Finance. Nevertheless, thenceforward, in spite of having no title, Auto Finance treated themselves as if they were owners of the car. They acted as if they were dealers disposing of it on hire-purchase terms to Mr. Snook. They put before Mr. Snook a second document, which was a hire-purchase form. It was not with Auto Finance but with another finance company called London and West Riding Investments Ltd., the defendants. It appears to be a company for whom Auto Finance act as agents. They stock its forms and get them filled in. On this form Auto Finance filled it in as a hire-purchase transaction for the M.G. car. They invented the figures. The cash price was filled in as £800 when it was not the price. The initial payment was put as £500 when nothing had been paid. The finance charge was put at £54. Option fee £1. The balance payable was put at £355, payable by Mr. Snook over two years by monthly instalments of £14 15s. On the same form there was also a printed delivery receipt. Mr. Snook signed it, as he did the others. By it he acknowledged that he had accepted deliv-

Giurisprudenza

ery of the car and he understood it was the property of the West Riding company.

When Auto Finance had got Mr. Snook to sign these documents, they themselves signed another form by which they invoiced the car to the defendants. They filled in the same fictitious figures, the cash price £800, initial payment of £500, balance £300. In this form they warranted that the car was their absolute property. That was not true. It was not their property. They had not bought it, nor paid a penny for it.

Auto Finance then sent all these documents to the defendants. That company knew that Auto Finance dealt in these refinancing transactions. They had had many previous deals with Auto Finance. But there was no evidence that they knew of any of the irregularities in the conduct of the deal. On receiving the documents, the defendants paid £300 to Auto Finance. Auto Finance paid £160 to Tolley, who accepted it in full discharge and acknowledged that they had no further interest in the vehicle. Auto Finance paid £125 to Mr. Snook and kept £15 for themselves for their services.

Mr. Snook paid the defendants the instalments of £14 15s. due on February 27 and March 27, 1964, but then he was out of work and fell into arrear for the two months of April and May, 1964. On June 6, 1964, whilst Mr. Snook had parked the car for a little while, some men seized the car and took it off. They were men from Auto Finance acting as agents for the defendants. When Mr. Snook discovered that they had taken it, he went to Auto Finance and offered to pay off the arrears. He took the money down to them, but they refused to accept it. They resold the car, The judge found that at that time it was worth £775, but they sold it for £575. They paid off the defendants £280 (which satisfied them) and kept the balance of £295 for themselves. It was, they said, their "profit" in the transaction.

Mr. Snook now sues the defendants for damages for conversion of the car. The defendants in their defence claim that it is their car. They say that, after the "settlement figure" was paid, Auto Finance became the owners; that Auto Finance sold it to them; that they let it on hire-purchase to Mr. Snook; that he failed to pay the instalments, whereupon "the defendants repossessed the car and sold the same."

In considering this case there are two cardinal facts to be remembered: first, that Mr. Snook was at all times in possession of the car and entitled to it as against all the world save he who could prove a better title; second, that the defendants, by their agents, Auto Finance, took possession of the car and sold it and took the proceeds. Those two facts are sufficient to give Mr. Snook a prima facie case for damages for conversion. It is for the defendants to show that they were entitled to retake it, as they did.

The judge decided in favour of Mr. Snook on three grounds, which I will take in the same order as he did.

First, the defendants did not prove a title to the car

The defendants claim that they bought the car from Auto Finance: but they have failed to prove any title in Auto Finance. Immediately prior to the refinancing operation, there were two persons entitled to an interest in the car: Tolley, who were the owners, and had let it out to Mr. Snook on hire-purchase; and Mr. Snook, who had the right to acquire the title by paying the "settlement figure" of £161: see the recent case of *Wickham Holdings v Brook House*(1), of November 8, 1966. Seeing that the car was worth some £900, Mr. Snook's contractual right (or "equity," as it is sometimes called) was worth about £740.

In the course of the refinancing operation, Auto Finance paid to Tolley the "settlement figure" of £161: but that did not give Auto Finance the title to the car. The only person who had the right to pay that "settlement figure" was Mr. Snook. Auto Finance must be presumed to have paid it on behalf of Mr. Snook, with the result that Mr. Snook became the owner of the car: see the recent case of *Bennett v Griffin Finance*(2). Auto Finance never bought the car from Mr. Snook, nor his interest in it. They never paid him a penny for his contractual right. They did not become the owners of the car. The title was in Mr. Snook.

Seeing that Auto Finance were not owners, they had nothing to transfer to the defendants. So the defendants did not become the owners. It was suggested in the course of the argument before us that they acquired a title by estoppel similar to that which the finance company acquired in *Eastern Distributors Ltd. v Goldring*

(*Murphy, Third Party*)(3) and *Stoneleigh Finance v Phillips*(4). I do not think this point is open to the defendants. Estoppel was not pleaded, nor was it raised in the county court, nor found by the judge. It is not even mentioned in the notice of appeal. Even if it were open, no evidence was given by the defendants to support an estoppel. They do not say that they relied on any representation by Mr. Snook or on his conduct or on his signing the documents. They relied on a sale by Tolley to Auto Finance and on a sale by Auto Finance to them. Their director said: "We acquired title from Auto Finance and paid them for it." They repeated this in their defence. I would not allow them now to change their ground.

Second, the defendants were seeking to enforce an illegal transaction

The judge held that the hire-purchase documents were in breach of the statutory regulations and could not be relied upon by the defendants. I think he was quite right. The regulations require that there should be "a statement of the cash price of the goods." There was here no cash price. The figure of £800 was fictitious. So there could be no statement of the cash price. The regulations also require that there should be "actual payment" of the deposit. There was no deposit here, and no payment of it, actual or otherwise. The figure of £500 was fictitious. The defendants relied on the recent case of *Kingsley v Sterling Industrial Securities Ltd.*(5). But that is clearly distinguishable. The headnote accurately states the effect of the decision. It is that the "actual payment" need not be made in currency, but it must be a real and genuine payment. It was held that a credit in account of £600 was real and genuine, and ranked as "actual

Note:

(1) [1967] 1 W.L.R. 295; [1967] 1 All E.R. 117, C.A.

(2) Ante, p. 46; [1967] 2 W.L.R. 561; [1967] 1 All E.R. 515, C.A.

(3) [1957] 2 Q.B. 600; [1957] 3 W.L.R. 237; [1957] 2 All E.R. 525, C.A.

(4) [1965] 2 Q.B. 537; [1965] 2 W.L.R. 508; [1965] 1 All E.R. 513, C.A.

(5) Ante, p. 747; [1966] 2 W.L.R. 1265; [1966] 1 All E.R. 37; [1966] 2 All E.R. 414, C.A.

payment.” But in this case, as the judge found,

“no deposit was paid and no allowance by way of credit or any other thing which by the remotest stretch of imagination could be called a deposit was allowed for. The sum of £500 supposed to have been paid as a deposit was purely fictitious.”

That finding is decisive. This hire-purchase transaction was illegal and cannot form the basis of any claim by the defendants: see *Snell v Unity Finance Co. Ltd.* (6) and the recent unreported case of *Viking Hire-Purchase Co. Ltd. v Jordan* (7).

Test it in this way: If the defendants had not taken possession of the car of their own motion, but had recourse to the courts to recover it, it is plain that the courts would not have assisted them. They had never been in possession and would have perforce to rely on the illegal transaction. Lord Mansfield said long ago that “No court will lend its aid to a man who founds his cause of action upon an illegal or immoral act”: see *Holman v Johnson* (8), applied in *Palaniappan Chettiar v Arunasalam Chettiar* (9).

In view of this illegality, the defendants could not have recovered this car by action in the courts. It follows that they cannot justify taking it without action. They cannot better their position by taking the law into their own hands.

Third, the defendants were seeking to enforce documents which were a sham

The judge held that this refinancing operation was a loan: and that the documents were a sham to cover up the loan. He said that “The whole thing is obviously a sham and to my mind falls clearly on the side of the line represented by the *Polsky v S. & A. Services Ltd.* (10) line of cases.” The transaction, though taking the form of a sale and reletting, was “nothing more than a loan of money on the security of the goods,” and therefore illegal under the Bills of Sale Acts. I think there was ample evidence on which he could so find. The essence of the matter was that Auto Finance got the defendants to advance £300 on the security of the goods, which was applied on behalf of Mr. Snook as to £160 in paying off Topley, as to £125 in making an additional loan to Mr. Snook, and as to £15 in commission to Auto Finance. The documents were filled with fictitious figures and statements - all

of which are badges of sham: see *Polsky's case* (11).

There is this difference, however, from *Polsky's case*. The defendants did not themselves negotiate the transaction. They were, as the judge said, innocent of any irregularity by which the deal was carried through. Nevertheless, he thought that they could not take advantage of it. I agree with him, and for this simple reason: the real transaction, as he found, was a loan on the security of goods. I ask: who was it made this loan? The answer is plain. The defendants made it. No one else lent any money at all. How did the defendants make it? The answer again is plain. By means of Auto Finance, who were their agents for this purpose. There were no other means by which the loan was made. Once it is seen that Auto Finance were the agents of the defendants to make the loan, it follows inexorably that the defendants are responsible for the manner in which their agents conducted themselves therein, including the preparation of fictitious documents: see *Lloyd v Grace Smith & Co* (12).

It was argued that the defendants are not to be affected by this sham transaction unless they were themselves parties to it. I cannot agree with this. Although the defendants were not parties to the sham, their agents were: and that is the end of it. Every principal is answerable for the conduct of his agent in the course of his agency. The case of *Stoneleigh Finance v Phillips* (13) is distinguishable because there was no agency.

On each of those three points the judge held that the defendants were not entitled to seize the car. As he said, any one of them is sufficient. I agree with him on all three. His judgment convinces me. The defendants are liable in damages for conversion.

Damages

The judge held that the value of the car at the date of conversion was £775. But he did not award the plaintiff that sum. He deducted the sum which the defendants would have received if the refinancing operation had been completed, that is, £325 10s. In other words, he allowed them credit for their loan and finance charges. So he only gave judgment for £449 10s. I think this was right. A finance company are entitled to recoup

themselves the amount owing to them, but not to take additional profit for themselves: see *Wickham Holdings v Brook House* (14) and this applies not only when they sue for conversion, but also when they retake the car and sell it.

Conclusion

Viewing the matter broadly, it comes to this: Mr. Snook paid about £800 towards the purchase of this new car. It was more than three-fourths of the price. Yet after he had only had it nine months, a finance company took it from him. All because he was £30 in arrears. He offered to pay off those arrears. But they would not accept it. They insisted that the car belonged absolutely to them: and that his valuable equity was forfeited. They sold the car at a high price, recouped themselves the money they had lent, and took a large profit of £300. Seeing that he was in possession, this conduct was a plain conversion unless they could show a good title in themselves to warrant it. All they have done is to produce documents full of fictitious entries, which the judge has found to be illegal and a sham. I do not see how the defendants can justify a conversion by reliance on illegal and sham documents. I would dismiss this appeal.

DIPLOCK L.J. (read by RUSSELL L.J.). It is not a presumption of law that a hire-purchase finance company cannot be innocent. It is not even a prima facie presumption of fact. It was thus open to the county court judge to find as he did that the defendants were innocent in that

Note:

(6) [1964] 2 Q.B. 203; [1963] 3 W.L.R. 559; [1963] 3 All E.R. 50, C.A.

(7) (1966) Bar Library Transcript No. 272 of 1966.

(8) (1775) 1 Cowp. 341, 343.

(9) [1962] A.C. 294; [1962] 2 W.L.R. 548; [1962] 1 All E.R. 494, P.C.

(10) [1951] W.N. 136 and 256; [1951] 1 All E.R. 185 and 1062, C.A.

(11) [1951] 1 All E.R. 185, 189, 1062.

(12) [1912] A.C. 716; 28 T.L.R. 547, H.L.

(13) [1965] 2 Q.B. 537.

(14) [1967] 1 W.L.R. 295.

Giurisprudenza

they were unaware of any irregularity in the way that the deal was carried through. This finding is, in my view, crucial to the present appeal.

My sympathy, like that of the Master of the Rolls, is for the plaintiff. My judgment, like that of Russell L.J., must be for the defendants. What happened to the plaintiff was, until the Hire-Purchase Act, 1965, liable to happen to any hire-purchaser who defaulted on instalments due in respect of goods upon which he had made a large initial payment. He says that it ought not to happen to him for three reasons: (1) the defendants never acquired title to the car; (2) he, the plaintiff, and Auto Finance, at any rate, intended the transaction to be a sham in order to mask a loan of £300 on the security of the car; (3) the hire purchase agreement was void under the Hire Purchase and Credit Sale Agreements (Control) Order, 1960 (S.I. 1960 No. 762).

The plaintiff's object was to raise £100 if he could by making use of his rights in respect of a car worth about £800 which he had on hire-purchase from Totley under an agreement under which instalments amounting in all to £161 5s. remained to be paid. To do this without running foul of either the Bills of Sale Act, 1878, or the Hire Purchase and Credit Sale Agreements (Control) Order, 1960, it was necessary to transfer the title to the car to another hire-purchase finance company and for the plaintiff to enter into a fresh hire-purchase agreement with that company and to make to that company actual payment of 25 per cent. of the cash price of the car. He was advised by Auto Finance to do this. He took that advice and he did.

As regards transfer of the title, I do not think that it matters whether, upon the true analysis of the transaction with Totley, the title to the car passed from Totley to Auto Finance on their own behalf or as trustees for the plaintiff or passed to the plaintiff himself. In so far as the beneficial or legal title was in him, he clearly authorised Auto Finance to transfer it on his behalf to the defendants. That Auto Finance purported to act as principals in the sale of the car to the defendants, whereas they may have been acting as agents for the plaintiff as undisclosed principal, does not in my view matter. In any event I agree with Russell L.J. that the plaintiff is estopped by his

conduct from denying the defendants' title to the car. As the defendants were unaware that he intended a sham, it would be a travesty of justice if he were not, and in view of the terms in which his claim is pleaded, I do not think that the defendants are debarred from relying, if it be necessary, on this estoppel, although it is not expressly pleaded as such in the defence. All the facts necessary to establish it were proved.

As regards the contention of the plaintiff that the transactions between himself, Auto Finance and the defendants were a "sham," it is, I think, necessary to consider what, if any, legal concept is involved in the use of this popular and pejorative word. I apprehend that, if it has any meaning in law, 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. But one thing, I think, is clear in legal principle, morality and the authorities (see *Yorkshire Railway Wagon Co. v MacLure*(15) and *Stoneleigh Finance Ltd. v Phillips*(16)), that for acts or documents to be a "sham," with whatever 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. There is an express finding in this case that the defendants were not parties to the alleged "sham." So this contention fails.

As regards the contention that the hire-purchase agreement was void under the Hire Purchase and Credit Sale Agreements (Control) Order, 1960, because there was no "actual payment" of the sum of £500 credited to the plaintiff as the "initial payment" in the hire-purchase agreement, this depends upon the meaning of the words "actual payment" in the order. I agree with Russell L.J. that the words of the order, which is penal legislation, must be construed in the light of the mischief against which the order is directed and also in the light of the well-known practice with respect to initial payments under hire-purchase agreements by which

the hire-purchase finance company itself never receives this payment in cash from the hirer but debits it to the dealer in the purchase price and credits it to the hirer in the hire-purchase agreement. Russell L.J. in his judgment deals with this point in detail. I agree with his analysis and his conclusion. I will not try to gild his refined gold.

For these reasons, and for those he will give upon all three contentions of the plaintiff, I would allow this appeal.

RUSSELL L.J. The plaintiff's case for denying the right of the defendants to re-take the car under the hire-purchase agreement is threefold. First: he says that the defendants are not shown to have acquired the title to the car. Second: he says that the whole transaction was but a dressed-up arrangement for a loan on the security of the car, and avoided by the Bills of Sale Act. Third: he says that the hire-purchase agreement was illegal and therefore void or unenforceable because no "actual payment" was made of the £500 stated in the agreement to have been paid by way of deposit, or of any other sum, as required by the Hire Purchase and Credit Sale Agreements (Control) Order, 1960 (S.I. 1960 No. 762). I will consider these contentions in that order.

First, as to the defendants' title to or ownership of the car. The county court judge analysed the sequence of events, concluded that the title never reached Auto Finance, and for that reason concluded that it never reached the defendants. But the plaintiff, who was told by Auto Finance that the matter would involve paying off the existing owners (the plaintiff's existing hire-purchase company, Totley), and obtaining hire-purchase finance elsewhere, executed documents for presentation to the defendants which in terms recognised the defendants to be the owners of the car. Indeed, the plaintiff intended the title to the car to pass to the defendants, just as the defendants intended to acquire it; for only thus could the defendants hire it to the plaintiff. The plaintiff further confirmed to the defendants by letter of February 17 that the de-

Note:

(15) (1882) 21 Ch.D. 309, C.A.

(16) [1965] 2 Q.B. 537.

tails of the agreement were correct. How can it be now open to the plaintiff to assert that he became the owner of the car when Totley was paid off, that he has remained such ever since, and that the defendants never became such? One has only to look at the matter from the defendant's point of view - the defendants being, as the judge held, innocent and ignorant of any irregularities - to see that it would be quite wrong to allow the plaintiff to take this title point. He is estopped by his own conduct from denying the defendants' title to the car, and this title by estoppel is a true title: see *Eastern Distributors v Goldring*(17) and *Stoneleigh Finance Ltd. v Phillips*(18).

The plaintiff's second contention is that the substance of the transaction was the borrowing of money by the plaintiff on the security of the car, and that the defendants cannot rely upon the hire-purchase agreement because of the provisions of the Bills of Sale Act. But this is not a case in which the defendants were party to anything but the apparent acquisition of a car for £800 less £500, net £300, and the simultaneous hiring out of the car under a hire-purchase agreement which credited the hirer with a deposit of £500 towards ultimate purchase. The defendants never intended to take part in any transaction by way of a loan of money on the security of the car. To enable the court to hold that a transaction was intended to mask a loan, it must find that both parties to the transaction so intended: see *Yorkshire Railway Wagon Co. v Maclure*(19) and *Stoneleigh Finance Ltd. v Phillips*(20). The latter case is also authority for the proposition that even if it be correct that the substance of the whole arrangement as between the plaintiff and Auto Finance was to dress up a loan on security, that intention on the part of Auto Finance cannot be imputed to the defendants. I must, therefore, reject the plaintiff's contention under this head also.

Thirdly and lastly, the plaintiff says that the hire-purchase agreement upon which the defendants rely is illegal under S.I. 1960 No. 762, and therefore unenforceable, because (he says) no "actual payment" was made of the required percentage of the cash price, though by the agreement he was credited with a deposit of £500 towards ultimate purchase.

The purpose of S.I. 1960 No. 762 is

undoubted. It is to restrict credit in the field (inter alia) of hire-purchase: in particular, the requirement of a minimum deposit of a percentage of the cash price of the goods is designed to prevent the acquisition of goods on hire-purchase without immediate and substantial reduction of the acquirer's assets. It is to be noticed that Part II of Schedule 2 to the statutory instrument is aimed at avoiding the effect of payment when it does not have the effect of such reduction. On the other hand, a fair allowance for goods taken in part-exchange - an operation which does reduce the acquirer's assets - is allowed in the calculation of the amount actually paid. It is quite clear that that in the present case - for the cash price figure of £800 is not challenged as appropriate to the car - the plaintiff surrendered and the defendants acquired £500 worth of car in exchange for the same amount credited as paid towards ultimate purchase. The transaction, therefore, was one right outside the mischief of unregulated credit facilities at which the statutory instrument was aimed. But the question remains whether the language of the statutory instrument is such that its net is cast wider than the mischief and embraces also the present case.

In considering the application of the statutory instrument in this regard, I notice first that, as was remarked in *Kingsley v Sterling Industrial Securities*(21) in the ordinary hire-purchase case, the finance company never in the strictest sense receives payment of the initial payment. This the dealer receives from the customer and retains, and the sale by dealer to finance company is carried through by a simple payment of the difference between the cash price and the deposit. It has never been thought necessary for the finance company to pay the cash price to the dealer in exchange for a payment by the dealer (on behalf of the customer-hirer) of the deposit as an initial payment by the hirer to be credited to him. Nor has it been thought necessary to record the equivalent as cross-entries in books. The whole process is short-circuited and the same result achieved.

Suppose a car-owner wishes to raise finance (say, £300) on his car which is worth £800. (Here I am not concerned with any question of invalidity on other grounds.) The transaction might take this form: the owner approaches a finance

company and agrees to sell to the company for £800 on terms that it will hire back the car under a hire-purchase agreement, crediting the owner with an initial payment of £500 and providing for payment of (say) £350 by "x" equal monthly instalments. If this is carried through by a cheque from finance company to owner for £800 in exchange for a cheque the other way for £500, it could not be doubted that the owner had made an actual payment of £500. (Nor could it be said that the £500 had been "acquired" from the finance company under the statutory instrument, Sch. 2, Part II - see the judgment of Winn L.J. in the *Kingsley* case(22). I would see no reason for denying the fact of "actual payment" in the context of the statutory instrument if, in the example given, instead of cheques being solemnly handed across the table (or indeed currency notes handed one way and part handed back), the transaction was carried through by a cheque for £300 combined with appropriate entries in the finance company's books such as would have attended an exchange of cheques. I would take exactly the same view if, as a matter of practical convenience, all that was done in order to carry out the transaction was a cheque for £300 from the finance company accompanied by a hire-purchase agreement in usual form stating the £800 cash price and £500 initial payment received. The finance company would be paying £800 for the car in part by a cheque for £300 and in part by crediting the owner at his request with a balance of £500 against the ultimate purchase price under the hire-purchase agreement. I cannot think that this would not be actual payment within the statutory instrument when a mutual exchange of cheques, or a handing and return of £500 in notes, would be such. Indeed, the whole transaction could in my judgment have been stated even more briefly with

Note:

(17) [1957] 2 Q.B. 600, 611.

(18) [1965] 2 Q.B. 537, 571, 578.

(19) 21 Ch.D. 309.

(20) [1965] 2 Q.B. 537.

(21) Ante, p. 747.

(22) Ante, p. 777.

Giurisprudenza

the same outcome. Q. "On what terms will you take over my car and hire it back to me under a hire-purchase agreement?" A. "Cash price £800: deposit £500: balance £300 plus finance charge £50 by 'x' equal monthly instalments. Option payment £1. Total hire-purchase price £851." This conversation, followed by a hire-purchase agreement signed by both declaring the finance company to be the owner of the car and containing those terms and accompanied by a cheque to the owner for £300, would, I consider, be unexceptionable. Both parties would intend the title to pass and it would pass without any physical delivery; and in my view the owner would actually pay the £500 within that phrase as used in the statutory instrument. I do not think that the statutory instrument should be construed in such a way as to require parties to such a transaction to take a long way round when there is a perfectly sensible short cut to the same commercial terminus.

If in such a case "actual payment" can be achieved in this manner, what of the case now under consideration? The plaintiff must, I think, be taken to have known that if the defendants were to hire the car to him on hire-purchase terms, the title to the car must go to the defendants as purchasers: as previously stated, he must have intended this to happen. The £800 was a proper cash price value. The plaintiff, through Auto Finance, puts forward a proposition by which the defendants will buy the car for £800, but by which, instead of paying the cash price to the defendants or to Auto Finance on his behalf and taking £500 back as deposit or initial payment under the hire-purchase agreement, which is an integral part of the transaction, the procedure is short-circuited by a direct credit given in the hire-purchase agreement. If the defendants had paid the full £800 to Auto Finance, the latter would have held £500 of it for the plaintiff with an obligation to repay it on the plaintiff's behalf as initial deposit. If Auto Finance had exchanged their cheque for £500 with the defendants' cheque for £800, and accounted to the plaintiff, the receipt side of such account would have stood at £800, and the disbursement side, in addition to £160 paid to Totley, would have included an item "£500 initial deposit paid to defendants on your behalf." Clearly there would have

been actual payment of the initial deposit. I would not construe the statutory instrument so as to destroy a transaction because a purely formal step is not taken. The case of *Kingsley*(23) was, of course, different. But I would borrow from the judgment of Sellers L.J.(24) the phrase "The fact that those motions were not actually gone through can make no difference to the transaction": and I echo another phrase(25) by saying that here £500 was a real loss to the plaintiff because the car was worth £800: he had the money in the value of the car and the transaction was in no sense one where a man acquired a car when he had nothing with which to acquire it and was unable to find the deposit: and finally I agree with the statement²⁶ that it is not the manner of payment which the statutory instrument affects but its reality.

For those reasons I would allow the appeal.

It is right to record that it was said in evidence for Auto Finance that before the car was sold after repossession for £575, Auto Finance offered it to the plaintiff for £280, the sum which Auto Finance were called upon to pay to the defendants under a recourse agreement: though the judge made no finding on this. If this offer were made and had the plaintiff been able or willing to accept it, his total outlay in acquiring the car from first to last would have been about £974 - the retail price when he "bought" it new in September, 1963, having been £940.

I do not agree with the suggestion that Auto Finance was agent of the defendants so as to validate the first two of the plaintiff's contentions. The county court judge made no such finding, and I do not think it any more justified than it would have been in the *Stoneleigh Finance* case(26). Particular reliance is placed on the profit made on the sale of the car and permitted by the defendants to be kept by Auto Finance. As to profit, this was at the relevant time a feature of any hire-purchase agreement (above certain limits of value) where there was a high percentage of initial payment and the hirer defaulted, so that the finance company was entitled to repossess and sell for the true value of the car and keep the proceeds: if the plaintiff had defaulted on the Totley agreement, Totley could have repossessed and sold and made a large profit. As to the repossession being by Auto Finance

on behalf of the defendants, and the profit being taken by Auto Finance and not by the defendants, this was presumably provided for in the recourse agreement. If anything, the profit retention by Auto Finance without accounting to the defendants points away from agency.

I add that the only point for argument in *Viking Hire-Purchase Co. v Jordan*(27) referred to by the Master of the Rolls, was whether the agreement was a hire-purchase agreement within the statutory instrument of 1960. If, as was held, it was in character such an agreement, it was conceded that it offended under the statutory instrument because no cash price was stated therein.

Note:

(23) Ante, p. 747.

(24) Ibid. 768, 769.

(25) Ibid. 769.

(26) [1965] 2 Q.B. 537.

(27) (1966) Bar Library Transcript No. 272 of 1966.

Direttiva europea in materia di antiriciclaggio e trust

Pubbllichiamo la Direttiva europea n. 2005/60/CE del 26 ottobre 2005 relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo.

In materia di antiriciclaggio è stato pubblicato in questa Rivista, 2004, 451, uno stralcio della normativa vigente in Italia che, a seguito del decreto legislativo 20 febbraio 2004, n. 56, è divenuta applicabile anche nel caso di utilizzo di trust.

Il Parlamento Europeo e il Consiglio dell'Unione Europea, visto il trattato che istituisce la Comunità europea, in particolare l'articolo 47, paragrafo 2, prima e terza frase, e l'articolo 95,

vista la proposta della Commissione,
 visto il parere del Comitato economico e sociale europeo,
 visto il parere della Banca centrale europea,
 deliberando secondo la procedura di cui all'articolo 251 del trattato,

considerando quanto segue:

(1) Flussi ingenti di denaro proveniente da attività criminose possono danneggiare la stabilità e la reputazione del settore finanziario e minacciare il mercato unico; il terrorismo scuote le fondamenta stesse della nostra società. Oltre ad affrontare il problema con gli strumenti di diritto penale, si possono ottenere risultati con un impegno di prevenzione a livello del sistema finanziario.

(2) La solidità, l'integrità e la stabilità degli enti creditizi e finanziari, nonché la fiducia nel sistema finanziario nel suo complesso, potrebbero essere gravemente compromesse dagli sforzi compiuti dai criminali e dai loro complici per mascherare l'origine dei proventi di attività criminose o per incanalare fondi di origine lecita o illecita a scopo di finanziamento del terrorismo. Per evitare che gli Stati membri adottino misure incompatibili con il funzionamento del mercato interno e con le regole dello Stato di diritto e dell'ordine pubblico comunitario per proteggere i loro sistemi finanziari, è necessaria un'azione comunitaria in questo ambito.

(3) Qualora non si adottino misure di coordinamento a livello comunitario, i soggetti che riciclano denaro e i soggetti che finanziano il terrorismo potrebbero tentare di approfittare della libertà dei movimenti di capitale e della libertà di prestare servizi finanziari, che il mercato finanziario integrato comporta, per esercitare più agevolmente le proprie attività criminose.

(4) Per rispondere a queste preoccupazioni in materia di riciclaggio di denaro è stata adottata la direttiva 91/308/CEE del Consiglio, del 10 giugno 1991, relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività illecite. Conformemente alle sue disposizioni, ogni Stato membro è tenuto a proibire il riciclaggio dei proventi di attività criminose e ad imporre al settore finanziario, compresi gli enti creditizi ed un'ampia gamma di altri enti finanziari, di identificare i propri clienti, di conservare le opportune registrazioni, di or-

ganizzare programmi interni di formazione del personale e di prevenzione del riciclaggio e di segnalare ogni indizio di riciclaggio alle autorità competenti.

(5) Il riciclaggio dei proventi di attività criminose e il finanziamento del terrorismo avvengono sovente a livello internazionale. Misure adottate esclusivamente a livello nazionale o anche comunitario, senza coordinamento né cooperazione internazionali, avrebbero effetti molto limitati. Di conseguenza, le misure adottate in materia dalla Comunità dovrebbero essere coerenti con le altre iniziative intraprese in altre sedi internazionali. In particolare, la Comunità dovrebbe continuare a tenere conto delle raccomandazioni del gruppo d'azione finanziaria internazionale (in seguito denominato "GAFI"), che è il principale organismo internazionale per la lotta contro il riciclaggio e contro il finanziamento del terrorismo. Dato che le raccomandazioni del GAFI sono state notevolmente riviste e ampliate nel 2003, occorrerebbe allineare la presente direttiva a tali nuovi standard internazionali.

(6) L'accordo generale sul commercio dei servizi (GATS) consente ai suoi membri di adottare i provvedimenti necessari per proteggere la morale pubblica e prevenire le frodi e di prendere misure per ragioni prudenziali, tra l'altro per garantire la stabilità e l'integrità del sistema finanziario.

(7) Sebbene la definizione di riciclaggio fosse inizialmente ristretta ai proventi dei reati connessi agli stupefacenti, negli anni più recenti è emersa la tendenza ad una definizione molto più ampia, fondata su una gamma più vasta di reati-base. L'ampliamento della gamma dei reati-base agevola la segnalazione delle operazioni sospette e la cooperazione internazionale in questo settore. Pertanto è opportuno allineare la definizione di "reato grave" a quella contenuta nella decisione quadro 2001/500/GAI del Consiglio, del 26 giugno 2001, concernente il riciclaggio di denaro, l'individuazione, il rintracciamento, il congelamento o sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato.

(8) Inoltre, il fatto di sfruttare il sistema finanziario per trasferire fondi di provenienza criminosa o anche denaro pulito a scopo di finanziamento del terrorismo minaccia chiaramente l'integrità, il funzionamento regolare, la reputazione e la stabilità di tale sistema. Di conseguenza, è opportuno che le misure preventive previste dalla presente direttiva coprano non soltanto la manipolazione di fondi di provenienza criminosa, ma anche la raccolta di beni o di denaro pulito a scopo di finanziamento del terrorismo.

Legislazione

(9) Pur imponendo un obbligo di identificazione del cliente, la direttiva 91/308/CEE conteneva relativamente poche indicazioni quanto alle procedure da applicare a tal fine. Considerando l'importanza determinante di questo aspetto della prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo, è opportuno introdurre disposizioni più specifiche e dettagliate sull'identificazione e la verifica dell'identità del cliente e dell'eventuale titolare effettivo, in conformità ai nuovi standard internazionali. Di conseguenza è indispensabile una definizione precisa di "titolare effettivo". Nei casi in cui i singoli beneficiari di un'entità giuridica quale una fondazione o di un istituto giuridico quale un trust debbano ancora essere determinati e sia pertanto impossibile identificare un singolo quale titolare effettivo, sarebbe sufficiente identificare la categoria di persone intese quali beneficiarie della fondazione o del trust. Questa prescrizione non comporterebbe l'identificazione dei singoli all'interno di tale categoria di persone.

(10) Gli enti e le persone soggette alla presente direttiva dovrebbero, in conformità con la presente direttiva, identificare e verificare l'identità del titolare effettivo. Per soddisfare questo requisito, spetterebbe a questi enti e persone decidere se far ricorso a registri disponibili al pubblico contenenti informazioni sui titolari effettivi, chiedere ai loro clienti i dati pertinenti ovvero ottenere le informazioni in altro modo, tenendo presente che la portata di tali obblighi di adeguata verifica della clientela si riferisce al rischio del riciclaggio dei proventi da attività criminose e di finanziamento del terrorismo, che dipende dal tipo di cliente, dal rapporto d'affari, dal prodotto o dalla transazione.

(11) I contratti di credito nell'ambito dei quali il conto di credito serve esclusivamente a liquidare il prestito e il rimborso del prestito viene effettuato a partire da un conto che è stato aperto a nome del cliente con un ente creditizio soggetto alla presente direttiva, a norma dell'articolo 8, paragrafo 1, lettere a), b) e c), dovrebbero essere generalmente considerati come esempio di un tipo di transazione meno rischiosa.

(12) Nella misura in cui esercita un controllo significativo sull'uso dei beni, il soggetto che conferisce beni ad un'entità giuridica o ad un istituto giuridico dovrebbe essere identificato come titolare effettivo.

(13) I rapporti fiduciari sono ampiamente utilizzati nei prodotti commerciali come una caratteristica internazionalmente riconosciuta dei mercati all'ingrosso dei servizi finanziari sottoposti a una supervisione globale. L'obbligo di identificare il titolare effettivo non deriva dalla mera esistenza di un rapporto fiduciario nel caso particolare.

(14) La presente direttiva si dovrebbe applicare anche alle attività degli enti e delle persone soggetti alla presente direttiva esercitate su Internet.

(15) Dato che l'intensificazione dei controlli nel settore finanziario ha indotto i soggetti che riciclano denaro e i soggetti che finanziano il terrorismo a sperimentare metodi alternativi al fine di occultare l'origine dei proventi di attività criminose e che siffatti canali possono essere impiegati per il finanziamento del terrorismo, gli obblighi in materia di lotta al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo dovrebbero essere estesi agli intermediari assicurativi del ramo vita e ai prestatori di servizi relativi a società e trust.

(16) I soggetti che già ricadono sotto la responsabilità lega-

le di un'impresa di assicurazione e che, pertanto, rientrano già nell'ambito di applicazione della presente direttiva non dovrebbero essere compresi nella categoria degli intermediari assicurativi.

(17) Il fatto che un soggetto eserciti la funzione di dirigente o di amministratore di una società non è di per sé sufficiente a far diventare tale soggetto prestatore di servizi relativi a società e trust. Pertanto la definizione abbraccia soltanto coloro che esercitano la funzione di dirigente o di amministratore per conto di terzi e a titolo professionale.

(18) Il ricorso ad operazioni in contanti di importo elevato si è ripetutamente dimostrato estremamente suscettibile ad essere utilizzato a fini di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo. Pertanto, negli Stati membri che permettono pagamenti in contanti superiori alla soglia fissata, tutte le persone fisiche o giuridiche che negoziano beni a titolo professionale dovrebbero rientrare nell'ambito di applicazione della presente direttiva quando accettano pagamenti in contanti. I commercianti di oggetti di valore elevato quali pietre o metalli preziosi o opere d'arte e le case d'asta rientrano comunque nell'ambito di applicazione della presente direttiva nella misura in cui vengono loro effettuati pagamenti in contanti per un importo pari o superiore a 15000 EUR. Per assicurare un controllo efficace dell'ottemperanza alla presente direttiva da parte di questo gruppo potenzialmente esteso di persone ed enti, gli Stati membri possono incentrare l'attività di controllo in particolare sulle persone fisiche e giuridiche, che negoziano beni, esposte ad un rischio relativamente elevato di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo secondo il principio della vigilanza basata sul rischio. Considerato che le situazioni differiscono nei vari Stati membri, questi ultimi possono decidere di adottare disposizioni più rigorose per fronteggiare adeguatamente il rischio che comportano i pagamenti in contanti di importo elevato.

(19) La direttiva 91/308/CEE ha incluso i notai e altri liberi professionisti legali nell'ambito di applicazione del regime comunitario antiriciclaggio; la presente direttiva non dovrebbe apportare variazioni sotto questo profilo; i predetti professionisti legali, quali definiti dagli Stati membri, sono soggetti alle disposizioni della presente direttiva quando partecipano ad operazioni di natura finanziaria o societaria, inclusa la consulenza tributaria, per le quali è particolarmente elevato il rischio che i servizi di tali professionisti legali vengano utilizzati a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose o a scopo di finanziamento del terrorismo.

(20) Quando i liberi professionisti che forniscono consulenza legale, purché siano legalmente riconosciuti e controllati come ad esempio gli avvocati, esaminano la posizione giuridica di un cliente o rappresentano un cliente in un procedimento giudiziario, non sarebbe appropriato che per quanto riguarda tali attività la presente direttiva imponesse loro l'obbligo di segnalare eventuali operazioni sospette di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo. Deve sussistere l'esenzione da qualsiasi obbligo di comunicare le informazioni ottenute prima, durante o dopo il procedimento giudiziario o nel corso dell'esame della posizione giuridica di un cliente. Di conseguenza, è necessario che la consulenza legale sia soggetta al vincolo del segreto professionale a meno che il consulente legale partecipi alle attività di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo, la consulenza sia fornita a scopo di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo o l'avvocato

sia a conoscenza che il cliente chiede la consulenza a scopo di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo.

(21) I servizi direttamente comparabili dovrebbero essere trattati allo stesso modo quando vengono forniti da un professionista soggetto alla presente direttiva. Al fine di preservare i diritti sanciti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dal trattato sull'Unione europea, nel caso dei revisori dei conti, contabili esterni e consulenti tributari che, in alcuni Stati membri, possono difendere o rappresentare un cliente nell'ambito di procedimenti giudiziari o accertare la posizione giuridica di un cliente, le informazioni che questi ottengono nell'espletamento di tali compiti non dovrebbero essere soggette all'obbligo di segnalazione a norma della presente direttiva.

(22) Occorre riconoscere che il rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo non è sempre lo stesso in ogni caso. Secondo un approccio basato sul rischio, è opportuno introdurre nella normativa comunitaria il principio secondo il quale in determinati casi si applicano obblighi semplificati di adeguata verifica della clientela.

(23) È opportuno che la deroga riguardante l'identificazione dei titolari effettivi di conti collettivi gestiti da notai o altri liberi professionisti legali lasci impregiudicati gli obblighi che incombono a detti notai o altri liberi professionisti legali in conformità della presente direttiva. Tali obblighi comprendono la necessità che gli stessi notai o gli altri liberi professionisti legali identifichino i titolari effettivi dei conti collettivi da essi gestiti.

(24) Analogamente, la normativa comunitaria dovrebbe riconoscere che alcune situazioni comportano un maggiore rischio di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo. Fermo restando che è indispensabile stabilire l'identità ed il profilo economico di tutti i clienti, esistono casi nei quali sono necessarie procedure d'identificazione e di verifica dell'identità dei clienti particolarmente rigorose.

(25) Ciò vale in particolare per i rapporti d'affari con persone che ricoprono o che hanno ricoperto cariche pubbliche importanti, specie nei paesi in cui la corruzione è fenomeno diffuso. Tali rapporti possono esporre il settore finanziario a notevoli rischi di reputazione e/o legali. Gli sforzi condotti sul piano internazionale per combattere la corruzione giustificano inoltre che si presti particolare attenzione a tali casi e che si applichino tutti i normali obblighi di adeguata verifica della clientela nei confronti delle persone politicamente esposte a livello nazionale o obblighi rafforzati di adeguata verifica della clientela nei confronti delle persone politicamente esposte residenti in un altro Stato membro o in un paese terzo.

(26) Ottenere l'autorizzazione dei massimi dirigenti per avviare un rapporto d'affari non dovrebbe implicare di ottenere l'autorizzazione del consiglio d'amministrazione ma del livello gerarchico immediatamente superiore alla persona che chiede l'autorizzazione.

(27) Per evitare il ripetersi delle procedure d'identificazione dei clienti, che sarebbe fonte di ritardi e di inefficienze nelle transazioni, è opportuno consentire che vengano accettati clienti la cui identificazione sia già stata realizzata altrove, fatte salve garanzie adeguate. Nei casi in cui l'ente o la persona cui si applica la presente direttiva ricorre a terzi, la responsabilità finale per la procedura di adeguata verifica della clientela spetta all'ente o alla persona che ha accettato il cliente. I terzi dovrebbero man-

tenere inoltre la propria responsabilità in relazione a tutte le prescrizioni della presente direttiva, compreso l'obbligo di segnalare le operazioni sospette e di conservare i documenti, nella misura in cui hanno con il cliente un rapporto che rientra nell'ambito di applicazione della presente direttiva.

(28) In caso di relazioni d'agenzia o di assegnazione esterna di lavoro su base contrattuale fra enti o persone soggetti alla presente direttiva e persone fisiche o giuridiche esterne che non rientrano nell'ambito di applicazione della stessa, qualunque obbligo volto a evitare il riciclaggio di denaro e il finanziamento del terrorismo per tali agenti o fornitori esterni quale parte degli enti o persone soggetti alla presente direttiva può derivare unicamente dal contratto, e non dalla presente direttiva. La responsabilità relativa all'ottemperanza della presente direttiva dovrebbe incombere all'ente o alla persona che rientra nel suo ambito di applicazione.

(29) Le operazioni sospette dovrebbero essere segnalate all'unità di informazione finanziaria (UIF) che funge da centro nazionale per ricevere, analizzare e comunicare alle autorità competenti le segnalazioni di operazioni sospette ed altre informazioni che riguardano casi potenziali di riciclaggio o finanziamento del terrorismo. Ciò non dovrebbe obbligare gli Stati membri a modificare i loro attuali sistemi di segnalazione se la segnalazione è fatta tramite il pubblico ministero o altre autorità delle forze dell'ordine e se le informazioni sono trasmesse prontamente e non filtrate alle UIF, consentendo loro di svolgere correttamente la loro attività, tra cui la cooperazione internazionale con altre UIF.

(30) In deroga al divieto generale di eseguire operazioni sospette, gli enti e le persone soggetti alla presente direttiva possono eseguire operazioni sospette prima di informare le autorità competenti qualora l'astensione dall'esecuzione non sia possibile o possa impedire il perseguimento dei beneficiari di un'operazione sospetta di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo. Questo, tuttavia, non dovrebbe pregiudicare gli obblighi internazionali accettati dagli Stati membri di congelare senza indugio i fondi o altri beni dei terroristi, delle organizzazioni terroristiche o di coloro che finanziano il terrorismo, conformemente alle pertinenti risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite.

(31) Qualora decida di ricorrere alle deroghe di cui all'articolo 23, paragrafo 2, uno Stato membro può consentire o richiedere all'organismo di autoregolamentazione che rappresenta le persone ivi contemplate di non trasmettere all'UIF qualsiasi informazione ottenuta da tali persone nei casi previsti da tale articolo.

(32) Numerosi dipendenti che hanno segnalato i loro sospetti di riciclaggio sono stati vittime di minacce o di atti ostili. Benché la presente direttiva non possa interferire con le procedure giudiziarie degli Stati membri, si tratta di una questione cruciale per l'efficacia del regime antiriciclaggio e di repressione del finanziamento del terrorismo. Gli Stati membri dovrebbero essere coscienti di tale problema e compiere ogni sforzo per proteggere i dipendenti da tali minacce o atti ostili.

(33) La comunicazione di informazioni di cui all'articolo 28 dovrebbe essere in conformità con le norme sul trasferimento dei dati personali a paesi terzi di cui alla direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati.

Legislazione

Inoltre, l'articolo 28 non può interferire con la legislazione nazionale sulla protezione dei dati personali e sul segreto professionale.

(34) Coloro che si limitano a convertire documenti cartacei in dati elettronici e operano in base a un contratto stipulato con un istituto di credito o finanziario non rientrano nell'ambito di applicazione della presente direttiva, né vi rientrano le persone fisiche o giuridiche che forniscano a un istituto di credito o finanziario unicamente un messaggio o un altro sistema di supporto per la trasmissione di fondi ovvero un sistema di compensazione e regolamento.

(35) Il riciclaggio ed il finanziamento del terrorismo sono problemi di portata internazionale e occorrerebbe pertanto combatterli su scala mondiale. Se gli enti creditizi e finanziari della Comunità hanno succursali e controllate in paesi terzi la cui legislazione in materia è carente, è opportuno applicare anche in tali succursali o controllate lo standard comunitario o avvertire le autorità competenti del loro Stato membro d'origine qualora ciò sia impossibile, onde evitare l'applicazione di standard molto diversi nell'ambito di uno stesso ente o gruppo di enti.

(36) Gli enti creditizi e finanziari dovrebbero essere in grado di rispondere rapidamente alle richieste d'informazione riguardanti gli eventuali rapporti d'affari intrattenuti con determinate persone. Allo scopo di identificare tali rapporti d'affari, per poter fornire tali informazioni velocemente, gli enti creditizi e finanziari dovrebbero essere dotati di sistemi efficaci proporzionati alla dimensione e alla natura degli affari. In particolare, per gli enti creditizi e gli enti finanziari di grandi dimensioni sarebbe opportuna la disponibilità di sistemi elettronici. La presente disposizione è di particolare importanza nel contesto delle procedure che conducono a misure quali il congelamento o il sequestro dei beni, compresi i beni delle organizzazioni terroristiche, in conformità con la legislazione nazionale o comunitaria relativa alla lotta al terrorismo.

(37) La presente direttiva introduce norme dettagliate in materia di obblighi di adeguata verifica della clientela, incluse misure rafforzate della stessa in caso di clientela o rapporti d'affari ad alto rischio, come procedure appropriate per determinare se una persona sia politicamente esposta, nonché taluni requisiti supplementari più dettagliati, come l'esistenza di strategie e procedure volte a garantire l'osservanza delle pertinenti disposizioni. Tutti questi requisiti devono essere soddisfatti da ciascuno degli enti e delle persone soggetti alla presente direttiva, mentre gli Stati membri dovrebbero adeguare l'applicazione dettagliata delle disposizioni alle peculiarità delle varie professioni e alle differenze in scala e dimensione degli enti e delle persone soggetti alla presente direttiva.

(38) Per mantenere l'impegno degli enti e degli altri operatori soggetti alla normativa comunitaria in questo settore, si dovrebbe, per quanto possibile, assicurare loro un riscontro sull'utilità delle segnalazioni fatte e sul seguito loro dato. A tal fine e per poter verificare l'efficacia dei loro sistemi di lotta al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo, gli Stati membri dovrebbero continuare a tenere statistiche in materia e dovrebbero provvedere al loro miglioramento.

(39) All'atto della registrazione o dell'autorizzazione di un ufficio di cambio, di un prestatore di servizi relativi a società e trust o di una casa da gioco a livello nazionale, le autorità competenti dovrebbero assicurarsi che le persone che dirigono o di-

rigeranno effettivamente l'attività di tali soggetti e i loro titolari effettivi siano persone dotate di competenza ed onorabilità. I criteri per determinare se una persona abbia o meno la necessaria competenza ed onorabilità dovrebbero essere stabiliti in conformità con il diritto interno. È opportuno che tali criteri riflettano almeno la necessità di tutelare tali soggetti dall'essere sfruttati dai loro direttori o titolari economici per scopi criminosi.

(40) Tenendo conto del carattere internazionale del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo, si dovrebbero incoraggiare al massimo il coordinamento e la cooperazione tra le UIF previsti nella decisione 2000/642/GAI del Consiglio, del 17 ottobre 2000, concernente le modalità di cooperazione tra le UIF degli Stati membri per quanto riguarda lo scambio di informazioni, inclusa l'istituzione di una rete delle UIF dell'Unione europea. A tal fine la Commissione dovrebbe prestare l'assistenza necessaria per facilitare tale coordinamento, compresa l'assistenza finanziaria.

(41) L'importanza di combattere il riciclaggio ed il finanziamento del terrorismo dovrebbe indurre gli Stati membri a prevedere nel diritto nazionale sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive in caso di violazione delle disposizioni nazionali adottate in attuazione della presente direttiva. È opportuno prevedere sanzioni per le persone fisiche e giuridiche. Dato che le persone giuridiche sono spesso coinvolte in operazioni complesse di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo, le sanzioni dovrebbero essere altresì calibrate in modo da tenere conto dell'attività svolta da persone giuridiche.

(42) Le persone fisiche che esercitano le attività di cui all'articolo 2, paragrafo 1, punto 3), lettere a) e b) nella struttura di una persona giuridica, ma su base indipendente, dovrebbero restare indipendentemente responsabili dell'ottemperanza delle disposizioni della presente direttiva, ad eccezione delle disposizioni di cui all'articolo 35.

(43) Può rendersi necessario un chiarimento degli aspetti tecnici delle norme stabilite dalla presente direttiva per garantire un'efficace e sufficientemente coerente applicazione della presente direttiva, tenendo conto dei vari strumenti finanziari, professioni e rischi nei vari Stati membri e degli sviluppi tecnici nella lotta contro il riciclaggio dei proventi di attività criminose e il finanziamento del terrorismo. La Commissione dovrebbe essere quindi abilitata ad adottare misure di attuazione, come ad esempio taluni criteri per l'identificazione di situazioni a basso ed elevato rischio rispetto alle quali obblighi semplificati di adeguata verifica della clientela potrebbero essere sufficienti o possano essere più opportuni obblighi rafforzati di adeguata verifica della clientela, purché non modifichino gli elementi essenziali della presente direttiva e la Commissione agisca in conformità con i principi in essa stabiliti, previa consultazione del comitato in materia di prevenzione del riciclaggio dei proventi da attività criminose e del finanziamento del terrorismo.

(44) Le misure necessarie per l'attuazione della presente direttiva sono adottate secondo la decisione 1999/468/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, recante modalità per l'esercizio delle competenze di esecuzione conferite alla Commissione. A tal fine occorre istituire un nuovo comitato in materia di prevenzione del riciclaggio dei proventi da attività criminose e del finanziamento del terrorismo che sostituisce il comitato di contatto istituito dalla direttiva 91/308/CEE.

(45) Data la necessità di apportare modifiche molto consi-

stenti alla direttiva 91/308/CEE, ragioni di chiarezza ne impongono l'abrogazione.

(46) Poiché l'obiettivo della presente direttiva, vale a dire la prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo, non può essere realizzato in misura sufficiente dagli Stati membri e può dunque, a causa delle dimensioni e degli effetti dell'azione proposta, essere realizzato meglio a livello comunitario, la Comunità può intervenire in base al principio di sussidiarietà sancito all'articolo 5 del trattato. La presente direttiva si limita a quanto è necessario per conseguire tale obiettivo in ottemperanza al principio di proporzionalità enunciato nello stesso articolo.

(47) Nell'esercizio dei suoi poteri di esecuzione a norma della presente direttiva, la Commissione dovrebbe osservare i seguenti principi: l'esigenza di elevati livelli di trasparenza e di consultazione con gli enti e le persone soggetti alla presente direttiva e con il Parlamento europeo ed il Consiglio; l'esigenza di assicurare che le autorità competenti siano in grado di assicurare l'applicazione coerente delle norme; in ogni misura di attuazione, l'equilibrio a lungo termine dei costi e dei benefici per gli enti e le persone soggetti alla presente direttiva; l'esigenza di rispettare la necessaria flessibilità nell'applicazione delle misure di attuazione conformemente ad un approccio basato sulla valutazione del rischio esistente; l'esigenza di assicurare la coerenza con le altre norme comunitarie relative al settore in questione; l'esigenza di proteggere la Comunità, gli Stati membri e i loro cittadini dalle conseguenze del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo.

(48) La presente direttiva rispetta i diritti fondamentali e osserva i principi riconosciuti in particolare dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Nessuna disposizione della presente direttiva dovrebbe essere interpretata o applicata in modo incompatibile con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo,

Hanno adottato la presente direttiva:

CAPO I – OGGETTO, AMBITO D'APPLICAZIONE E DEFINIZIONI

Articolo 1

1. Gli Stati membri assicurano che il riciclaggio dei proventi di attività criminose e il finanziamento del terrorismo siano vietati.

2. Ai fini della presente direttiva, le seguenti azioni, se commesse intenzionalmente, costituiscono riciclaggio:

a) la conversione o il trasferimento di beni, effettuati essendo a conoscenza che essi provengono da un'attività criminosa o da una partecipazione a tale attività, allo scopo di occultare o dissimulare l'origine illecita dei beni medesimi o di aiutare chiunque sia coinvolto in tale attività a sottrarsi alle conseguenze giuridiche delle proprie azioni;

b) l'occultamento o la dissimulazione della reale natura, provenienza, ubicazione, disposizione, movimento, proprietà dei beni o dei diritti sugli stessi, effettuati essendo a conoscenza che tali beni provengono da un'attività criminosa o da una partecipazione a tale attività;

c) l'acquisto, la detenzione o l'utilizzazione di beni essendo a

conoscenza, al momento della loro ricezione, che tali beni provengono da un'attività criminosa o da una partecipazione a tale attività;

d) la partecipazione ad uno degli atti di cui alle lettere precedenti, l'associazione per commettere tale atto, il tentativo di perpetrarlo, il fatto di aiutare, istigare o consigliare qualcuno a commetterlo o il fatto di agevolare l'esecuzione.

3. Il riciclaggio è considerato tale anche se le attività che hanno generato i beni da riciclare si sono svolte nel territorio di un altro Stato membro o di un paese terzo.

4. Ai fini della presente direttiva, per "finanziamento del terrorismo" si intende la fornitura o la raccolta di fondi, in qualunque modo, direttamente o indirettamente, con l'intenzione di utilizzarli, in tutto o in parte, per compiere uno dei reati di cui agli articoli da 1 a 4 della decisione quadro 2002/475/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, sulla lotta contro il terrorismo, o sapendo che saranno utilizzati a tal fine.

5. La conoscenza, l'intenzione o la finalità, che debbono costituire un elemento degli atti di cui ai paragrafi 2 e 4, possono essere dedotte da circostanze di fatto obiettive.

Articolo 2

1. La presente direttiva si applica:

1. agli enti creditizi;

2. agli enti finanziari;

3. alle seguenti persone giuridiche o fisiche quando agiscono nell'esercizio della loro attività professionale:

a) revisori dei conti, contabili esterni e consulenti tributari;

b) notai e altri liberi professionisti legali, quando prestano la loro opera o partecipando in nome e per conto del loro cliente ad una qualsiasi operazione finanziaria o immobiliare o assistendo i loro clienti nella progettazione o nella realizzazione di operazioni riguardanti:

i) l'acquisto e la vendita di beni immobili o imprese;

ii) la gestione di denaro, strumenti finanziari o altri beni dei clienti;

iii) l'apertura o la gestione di conti bancari, libretti di risparmio o conti titoli;

iv) l'organizzazione degli apporti necessari alla costituzione, alla gestione o all'amministrazione di società;

v) la costituzione, la gestione o l'amministrazione di trust, società o strutture analoghe;

c) prestatori di servizi relativi a società o trust diversi da quelli di cui alle lettere a) o b);

d) agenti immobiliari;

e) altre persone fisiche o giuridiche che negoziano beni, soltanto quando il pagamento è effettuato in contanti per un importo pari o superiore a 15000 EUR, indipendentemente dal fatto che la transazione sia effettuata con un'operazione unica o con diverse operazioni che appaiono collegate;

f) case da gioco.

2. Gli Stati membri possono decidere di non includere nell'ambito di applicazione dell'articolo 3, punto 1) o 2) le persone giuridiche e le persone fisiche che esercitano un'attività finanziaria in modo occasionale o su scala limitata e quando i rischi di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo sono scarsi.

Articolo 3

Ai fini della presente direttiva si intende per:

Legislazione

1. "ente creditizio": un ente definito a norma dell'articolo 1, punto 1), primo comma della direttiva 2000/12/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 marzo 2000, relativa all'accesso all'attività degli enti creditizi ed al suo esercizio, nonché una succursale, quale definita all'articolo 1, punto 3) della direttiva suddetta, situata nella Comunità di un ente creditizio avente la sede amministrativa principale all'interno o al di fuori della Comunità;

2. "ente finanziario":

a) un'impresa diversa da un ente creditizio, la cui attività principale consista nell'effettuare una o più operazioni menzionate ai punti da 2 a 12 e al punto 14 dell'allegato I della direttiva 2000/12/CE, incluse le attività degli uffici dei cambiavalue ("bureaux de change") e delle società di trasferimento di fondi;

b) un'impresa di assicurazione debitamente autorizzata a norma della direttiva 2002/83/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 novembre 2002, relativa all'assicurazione sulla vita, nella misura in cui svolga attività che rientrano nell'ambito di applicazione di detta direttiva;

c) un'impresa di investimento, quale definita nell'articolo 4, paragrafo 1, punto 1) della direttiva 2004/39/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, relativa ai mercati degli strumenti finanziari;

d) un organismo di investimento collettivo che commercializzi le sue quote o azioni;

e) un intermediario assicurativo, quale definito nell'articolo 2, punto 5) della direttiva 2002/92/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 dicembre 2002, sulla intermediazione assicurativa, fatta eccezione per gli intermediari di cui all'articolo 2, punto 7) di detta direttiva, quando si occupano di assicurazione vita e di altri servizi legati ad investimenti;

f) le succursali, situate nella Comunità, degli enti finanziari di cui alle lettere da a) a e) che hanno la sede amministrativa principale all'interno o al di fuori della Comunità;

3. "beni": i beni di qualsiasi tipo, materiali o immateriali, mobili o immobili, tangibili o intangibili, e i documenti o gli strumenti legali, in qualsiasi forma compresa quella elettronica o digitale, che attestano il diritto di proprietà o altri diritti sui beni medesimi;

4. "attività criminosa": qualsiasi tipo di coinvolgimento criminale nella perpetrazione di un reato grave;

5. costituiscono "reati gravi" almeno:

a) gli atti definiti agli articoli da 1 a 4 della decisione quadro 2002/475/GAI;

b) ognuno dei reati definiti nell'articolo 3, paragrafo 1, lettera a) della convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope del 1988;

c) le attività delle organizzazioni criminali quali definite nell'articolo 1 dell'azione comune 98/733/GAI del Consiglio, del 21 dicembre 1998, relativa alla punibilità della partecipazione a un'organizzazione criminale negli Stati membri dell'Unione europea;

d) la frode, perlomeno la frode grave, quale definita nell'articolo 1, paragrafo 1 e nell'articolo 2 della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee;

e) la corruzione;

f) i reati punibili con una pena privativa della libertà o con una misura di sicurezza privativa della libertà di durata massima superiore ad un anno ovvero, per gli Stati il cui ordinamento giu-

ridico prevede una soglia minima per i reati, i reati punibili con una pena privativa della libertà o con una misura di sicurezza privativa della libertà di durata minima superiore a sei mesi;

6. "titolare effettivo": la persona o le persone fisiche che, in ultima istanza, possiedono o controllano il cliente e/o la persona fisica per conto delle quali viene realizzata un'operazione o un'attività. Il titolare effettivo comprende almeno:

a) in caso di società:

i) la persona fisica o le persone fisiche che, in ultima istanza, possiedono o controllino un'entità giuridica, attraverso il possesso o il controllo diretto o indiretto di una percentuale sufficiente delle azioni o dei diritti di voto in seno a tale entità giuridica, anche tramite azioni al portatore, purché non si tratti di una società ammessa alla quotazione su un mercato regolamentato e sottoposta ad obblighi di comunicazione conformi alla normativa comunitaria o a standard internazionali equivalenti; tale criterio si ritiene soddisfatto ove la percentuale corrisponda al 25 % più una azione;

ii) la persona fisica o le persone fisiche che esercitano in altro modo il controllo sulla direzione di un'entità giuridica;

b) in caso di entità giuridiche, quali le fondazioni, e di istituti giuridici, quali i trust, che amministrano e distribuiscono fondi:

i) se i futuri beneficiari sono già stati determinati, la persona fisica o le persone fisiche beneficiarie del 25 % o più del patrimonio di un istituto giuridico o di un'entità giuridica;

ii) se le persone che beneficiano dell'istituto giuridico o dell'entità giuridica non sono ancora state determinate, la categoria di persone nel cui interesse principale è istituito o agisce l'istituto giuridico o l'entità giuridica;

iii) la persona fisica o le persone fisiche che esercitano un controllo sul 25 % o più del patrimonio di un istituto giuridico o di un'entità giuridica;

7. "prestatori di servizi relativi a società e trust": ogni persona fisica o giuridica che fornisca, a titolo professionale, uno dei servizi seguenti a terzi:

a) costituire società o altre persone giuridiche;

b) occupare la funzione di dirigente o di amministratore di una società, di socio di un'associazione (partnership) o una funzione analoga nei confronti di altre persone giuridiche o provvedere affinché un'altra persona occupi tale funzione;

c) fornire una sede legale, un indirizzo commerciale, amministrativo o postale e altri servizi connessi a una società, un'associazione o qualsiasi altra persona giuridica o istituto giuridico;

d) occupare la funzione di fiduciario in un trust espresso o in un istituto giuridico simile o provvedere affinché un'altra persona occupi tale funzione;

e) esercitare il ruolo d'azionista per conto di un'altra persona o provvedere affinché un'altra persona occupi tale funzione purché non si tratti di una società ammessa alla quotazione su un mercato regolamentato e sottoposta ad obblighi di comunicazione conformemente alla normativa comunitaria o a norme internazionali equivalenti;

8. "persone politicamente esposte": le persone fisiche che occupano o hanno occupato importanti cariche pubbliche come pure i loro familiari diretti o coloro con i quali tali persone intrattengono notoriamente stretti legami;

9. "rapporto d'affari": un rapporto d'affari, professionale o commerciale che sia correlato con le attività professionali svolte dagli enti o dalle persone soggetti alla presente direttiva e del

quale si presuma, al momento in cui viene allacciato, che avrà una certa durata;

10. "banca di comodo": un ente creditizio, o un ente che svolge attività equivalenti, che sia stato costituito in un paese in cui non ha alcuna presenza fisica che consenta di esercitare una direzione ed una gestione reale e che non sia collegato ad alcun gruppo finanziario regolamentato.

Articolo 4

1. Gli Stati membri provvedono a estendere, in tutto o in parte, le disposizioni della presente direttiva ad attività professionali e categorie di imprese diverse dagli enti e dalle persone di cui all'articolo 2, paragrafo 1, le quali svolgono attività particolarmente suscettibili di essere utilizzate a fini di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo.

2. Qualora uno Stato membro decida di estendere le disposizioni della presente direttiva ad attività professionali e categorie di imprese ulteriori rispetto a quelle di cui all'articolo 2, paragrafo 1, ne informa la Commissione.

Articolo 5

Per impedire il riciclaggio e il finanziamento del terrorismo, gli Stati membri possono adottare o mantenere disposizioni più rigorose nel settore disciplinato dalla presente direttiva.

CAPO II – OBBLIGHI DI ADEGUATA VERIFICA DELLA CLIENTELA SEZIONE 1

Disposizioni di carattere generale

Articolo 6

Gli Stati membri proibiscono ai loro enti creditizi e finanziari di tenere conti o libretti di risparmio anonimi. In deroga all'articolo 9, paragrafo 6, gli Stati membri richiedono in tutti i casi che i titolari e i beneficiari dei conti o libretti di risparmio anonimi esistenti siano assoggettati al più presto agli obblighi di adeguata verifica della clientela, e in ogni caso prima dell'utilizzo dei conti o dei libretti di risparmio.

Articolo 7

Gli enti e le persone soggetti alla presente direttiva applicano gli obblighi di adeguata verifica della clientela nei casi seguenti:

- a) quando instaurano rapporti d'affari;
- b) quando eseguono transazioni occasionali il cui importo sia pari o superiore a 15000 EUR, indipendentemente dal fatto che siano effettuate con un'operazione unica o con diverse operazioni che appaiono collegate;
- c) quando vi è sospetto di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo, indipendentemente da qualsiasi deroga, esenzione o soglia applicabile;
- d) quando vi sono dubbi sulla veridicità o sull'adeguatezza dei dati precedentemente ottenuti ai fini dell'identificazione di un cliente.

Articolo 8

1. Gli obblighi di adeguata verifica della clientela comprendono le attività seguenti:

a) identificare il cliente e verificarne l'identità sulla base di documenti, dati o informazioni ottenuti da una fonte affidabile e indipendente;

b) se necessario, identificare il titolare effettivo ed adottare misure adeguate e commisurate al rischio per verificarne l'identità, in modo tale che l'ente o la persona soggetti alla presente direttiva siano certi di conoscere chi sia il titolare effettivo, il che implica per le persone giuridiche, i trust ed istituti giuridici simili adottare misure adeguate e commisurate alla situazione di rischio per comprendere la struttura di proprietà e di controllo del cliente;

c) ottenere informazioni sullo scopo e sulla natura prevista del rapporto d'affari;

d) svolgere un controllo costante nel rapporto d'affari, in particolare esercitando un controllo sulle transazioni concluse durante tutta la durata di tale rapporto in modo da assicurare che tali transazioni siano compatibili con la conoscenza che l'ente o la persona in questione hanno del proprio cliente, delle sue attività commerciali e del suo profilo di rischio, avendo riguardo, se necessario, all'origine dei fondi e tenendo aggiornati i documenti, i dati o le informazioni detenute.

2. Gli enti e le persone soggetti alla presente direttiva applicano tutti gli obblighi di adeguata verifica della clientela previsti nel paragrafo 1, ma possono calibrare tali obblighi in funzione del rischio associato al tipo di cliente, rapporto d'affari, prodotto o transazione di cui trattasi. Gli enti e le persone soggetti alla presente direttiva devono essere in grado di dimostrare alle autorità competenti di cui all'articolo 37, compresi gli organismi di autoregolamentazione, che la portata delle misure è adeguata all'entità del rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo.

Articolo 9

1. Gli Stati membri impongono che la verifica dell'identità del cliente e del titolare effettivo avvenga prima dell'instaurazione del rapporto d'affari o dell'esecuzione della transazione.

2. In deroga al paragrafo 1, gli Stati membri possono consentire che la verifica dell'identità del cliente e del titolare effettivo avvenga durante l'instaurazione del rapporto d'affari se ciò è necessario per non interrompere la normale conduzione degli affari e se vi è scarso rischio di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo. In tali situazioni queste procedure sono completate il più presto possibile dopo il primo contatto.

3. In deroga ai paragrafi 1 e 2, gli Stati membri possono consentire, in relazione alle attività di assicurazione sulla vita, che la verifica dell'identità del beneficiario della polizza avvenga dopo l'instaurazione del rapporto d'affari. In questo caso la verifica ha luogo all'atto del pagamento, o anteriormente ad esso, o nel momento in cui il beneficiario intende esercitare i diritti conferitigli dalla polizza, oppure prima di esso.

4. In deroga ai paragrafi 1 e 2, gli Stati membri possono consentire l'apertura di un conto bancario purché vi siano adeguate garanzie atte ad assicurare che non vengano effettuate transazioni dal cliente o per suo conto finché non si sia ottenuto il pieno rispetto delle disposizioni sopra citate.

5. Gli Stati membri impongono che quando gli enti o le persone in questione non sono in grado di rispettare l'articolo 8, paragrafo 1, lettere a), b) e c), essi non possono effettuare una transazione attraverso un conto bancario, non possono avviare il rapporto d'affari o effettuare la transazione in questione ovvero de-

Legislazione

vono porre fine al rapporto d'affari in questione e devono prendere in considerazione di effettuare una segnalazione del cliente interessato alla UIF, a norma dell'articolo 22.

Gli Stati membri non sono obbligati ad applicare il comma precedente ai notai, ai liberi professionisti legali, ai revisori dei conti, ai contabili esterni e ai consulenti tributari nel corso dell'esame della posizione giuridica del loro cliente o dell'espletamento dei compiti di difesa o di rappresentanza di questo cliente in un procedimento giudiziario o in relazione a tale procedimento, compresa la consulenza sull'eventualità di intentare o evitare un procedimento.

6. Gli Stati membri impongono agli enti e alle persone soggetti alla presente direttiva di applicare gli obblighi di adeguata verifica della clientela non soltanto a tutti i nuovi clienti, ma anche, al momento opportuno, alla clientela esistente, sulla base della valutazione del rischio presente.

Articolo 10

1. Gli Stati membri impongono che si proceda all'identificazione e alla verifica dell'identità di ogni cliente di una casa da gioco che acquisti o venda gettoni da gioco di valore pari o superiore a 2000 EUR.

2. L'obbligo di applicare gli obblighi di adeguata verifica della clientela si considera comunque assolto dalle case da gioco soggette a controllo pubblico se procedono alla registrazione, all'identificazione e alla verifica dell'identità dei clienti fin dal momento dell'ingresso o prima di esso, indipendentemente dall'importo dei gettoni da gioco acquistati.

SEZIONE 2

Obblighi semplificati di adeguata verifica della clientela

Articolo 11

1. In deroga all'articolo 7, lettere a), b) e d), all'articolo 8 e all'articolo 9, paragrafo 1, gli enti e le persone che rientrano nell'ambito di applicazione della presente direttiva non sono soggetti agli obblighi di cui a detti articoli se il cliente è un ente creditizio o finanziario soggetto alla presente direttiva, oppure un ente creditizio o finanziario situato in un paese terzo, che imponga obblighi equivalenti a quelli previsti dalla presente direttiva e preveda il controllo del rispetto di tali obblighi.

2. In deroga all'articolo 7, lettere a), b) e d), all'articolo 8 e all'articolo 9, paragrafo 1, gli Stati membri possono autorizzare gli enti e le persone soggetti alla presente direttiva a non applicare gli obblighi di adeguata verifica della clientela, in relazione:

a) alle società quotate i cui valori mobiliari sono ammessi alla negoziazione su un mercato regolamentato ai sensi della direttiva 2004/39/CE in uno o più Stati membri e alle società quotate di paesi terzi che sono soggette ad obblighi di comunicazione conformi alla normativa comunitaria;

b) ai titolari effettivi di conti collettivi gestiti da notai o altri liberi professionisti legali di uno Stato membro o di un paese terzo, purché siano soggetti ad obblighi in materia di lotta al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo conformi agli standard internazionali e al controllo del rispetto di tali obblighi e purché le informazioni sull'identità del titolare effettivo siano accessibili, a richiesta, agli enti che operano quali enti di deposito dei conti collettivi;

c) alle autorità pubbliche nazionali;

o a qualunque altro cliente caratterizzato da uno scarso rischio di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo che soddisfi i criteri tecnici stabiliti a norma dell'articolo 40, paragrafo 1, lettera b).

3. Nei casi di cui ai paragrafi 1 e 2, gli enti e le persone soggetti alla presente direttiva raccolgono comunque informazioni sufficienti a stabilire se il cliente possa beneficiare di un'esenzione menzionata in tali paragrafi.

4. Gli Stati membri si informano reciprocamente e informano la Commissione dei casi in cui ritengono che un paese terzo soddisfi le condizioni di cui ai paragrafi 1 o 2 o in altri casi in cui siano soddisfatti i criteri tecnici stabiliti a norma dell'articolo 40, paragrafo 1, lettera b).

5. In deroga all'articolo 7, lettere a), b) e d), all'articolo 8 e all'articolo 9, paragrafo 1, gli Stati membri possono autorizzare gli enti e le persone soggetti alla presente direttiva a non applicare gli obblighi di adeguata verifica della clientela, in relazione:

a) ai contratti di assicurazione vita il cui premio annuale non ecceda i 1000 EUR o il cui premio unico sia di importo non superiore a 2500 EUR;

b) ai contratti di assicurazione-pensione, a condizione che essi non comportino clausole di riscatto e non possano servire da garanzia di un prestito;

c) ai regimi di pensione o sistemi simili che versino prestazioni di pensione ai dipendenti, per i quali i contributi siano versati tramite deduzione dal salario e le cui regole non permettano ai beneficiari di trasferire i propri diritti;

d) alla moneta elettronica quale definita nell'articolo 1, paragrafo 3, lettera b) della direttiva 2000/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 settembre 2000, riguardante l'avvio, l'esercizio e la vigilanza prudenziale dell'attività degli istituti di moneta elettronica, nel caso in cui, se il dispositivo non è ricaricabile, l'importo massimo memorizzato sul dispositivo non ecceda 150 EUR, oppure nel caso in cui, se il dispositivo è ricaricabile, sia imposto un limite di 2500 EUR sull'importo totale trattato in un anno civile, fatta eccezione per il caso in cui un importo pari o superiore a 1000 EUR sia rimborsato al detentore nello stesso anno civile ai sensi dell'articolo 3 della direttiva 2000/46/CE;

o a qualunque altro prodotto o transazione caratterizzato da uno scarso rischio di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo che soddisfi i criteri tecnici stabiliti a norma dell'articolo 40, paragrafo 1, lettera b).

Articolo 12

Quando la Commissione adotta una decisione a norma dell'articolo 40, paragrafo 4, gli Stati membri vietano agli enti e alle persone soggetti alla presente direttiva di applicare obblighi semplificati di adeguata verifica della clientela agli enti creditizi e finanziari o società quotate del paese terzo in questione o ad altri soggetti in base a situazioni che rispettano i criteri tecnici stabiliti a norma dell'articolo 40, paragrafo 1, lettera b).

SEZIONE 3

Obblighi rafforzati di adeguata verifica della clientela

Articolo 13

1. Gli Stati membri impongono agli enti e alle persone sog-

getti alla presente direttiva di applicare, oltre agli obblighi di cui agli articoli 7, 8 e all'articolo 9, paragrafo 6, obblighi rafforzati di adeguata verifica della clientela, sulla base della valutazione del rischio esistente, nelle situazioni che per loro natura possono presentare un rischio più elevato di riciclaggio o finanziamento del terrorismo e comunque nei casi indicati ai paragrafi 2, 3 e 4 e in altre situazioni che presentano un elevato rischio di riciclaggio o finanziamento del terrorismo, e che soddisfano i criteri tecnici definiti a norma dell'articolo 40, paragrafo 1, lettera c).

2. Quando il cliente non è fisicamente presente a fini di identificazione, gli Stati membri impongono a tali enti e persone di adottare misure specifiche ed adeguate per compensare il rischio più elevato, ad esempio applicando una o più fra le misure indicate in appresso:

a) garantire l'accertamento dell'identità del cliente tramite documenti, dati o informazioni supplementari;

b) adottare misure supplementari per la verifica o la certificazione dei documenti forniti o richiedere di una certificazione di conferma di un ente creditizio o finanziario soggetto alla presente direttiva;

c) garantire che il primo pagamento relativo all'operazione sia effettuato tramite un conto intestato al cliente presso un ente creditizio.

3. In caso di conti di corrispondenza con enti corrispondenti di paesi terzi, gli Stati membri impongono ai loro enti creditizi:

a) di raccogliere sull'ente corrispondente informazioni sufficienti per comprendere pienamente la natura delle sue attività e per determinare, sulla base delle informazioni disponibili al pubblico, la sua reputazione e la qualità della vigilanza cui è soggetto;

b) di valutare i controlli in materia di lotta al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo applicati dall'ente corrispondente;

c) di ottenere l'autorizzazione dei massimi dirigenti prima di aprire nuovi conti di corrispondenza;

d) di precisare per iscritto le rispettive responsabilità di ogni ente;

e) per quanto riguarda i conti di passaggio ("payable-through accounts"), di assicurarsi che l'ente di credito corrispondente abbia verificato l'identità dei clienti aventi un accesso diretto a tali conti ed abbia costantemente assolto gli obblighi di adeguata verifica della clientela e che, su richiesta, possa fornire i dati ottenuti a seguito dell'assolvimento di tali obblighi all'ente controparte.

4. Per quanto riguarda le operazioni o i rapporti d'affari con persone politicamente esposte residenti in un altro Stato membro o in un paese terzo, gli Stati membri impongono agli enti e alle persone soggetti alla presente direttiva:

a) di disporre di adeguate procedure basate sul rischio per determinare se il cliente sia una persona politicamente esposta;

b) di ottenere l'autorizzazione dei massimi dirigenti prima di avviare un rapporto d'affari con tali clienti;

c) di adottare ogni misura adeguata per stabilire l'origine del patrimonio e dei fondi impiegati nel rapporto d'affari o nell'operazione;

d) di assicurare un controllo continuo e rafforzato del rapporto d'affari.

5. Gli Stati membri vietano agli enti creditizi di aprire o mantenere conti di corrispondenza con una banca di comodo e richiedono agli enti creditizi di adottare misure atte a garantire

che non vengano aperti o mantenuti conti di corrispondenza con una banca che consenta notoriamente ad una banca di comodo di utilizzare i propri conti.

6. Gli Stati membri assicurano che gli enti e le persone soggetti alla presente direttiva prestino un'attenzione particolare a qualsiasi rischio di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo connesso a prodotti o transazioni atti a favorire l'anonimato e che essi adottino le misure eventualmente necessarie per impedirne l'utilizzo per scopi di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo.

SEZIONE 4

Esecuzione da parte di terzi

(omissis)

CAPO III – OBBLIGHI DI SEGNALEZIONE

SEZIONE 1

Disposizioni generali

(omissis)

SEZIONE 2

Divieto di comunicazione

Articolo 28

1. Gli enti e le persone soggetti alla presente direttiva nonché i loro amministratori e dipendenti non possono comunicare al cliente interessato o a terzi che sono state trasmesse informazioni in applicazione degli articoli 22 e 23 o che è in corso o può essere svolta un'inchiesta in materia di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo.

2. Il divieto di cui al paragrafo 1 non comprende la comunicazione alle autorità competenti di cui all'articolo 37, compresi gli organismi di autoregolamentazione, né la comunicazione a fini di accertamento investigativo.

3. Il divieto di cui al paragrafo 1 non impedisce la comunicazione tra gli enti degli Stati membri o di paesi terzi appartenenti allo stesso gruppo come definito all'articolo 2, punto 12) della direttiva 2002/87/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2002, relativa alla vigilanza supplementare sugli enti creditizi, sulle imprese di assicurazione e sulle imprese di investimento appartenenti ad un conglomerato finanziario, a condizione che rispettino le condizioni di cui all'articolo 11, paragrafo 1.

4. Il divieto di cui al paragrafo 1 non impedisce la comunicazione tra le persone di cui all'articolo 2, paragrafo 1, punto 3), lettere a) e b) di Stati membri o di paesi terzi che impongano obblighi equivalenti a quelli previsti dalla presente direttiva, che svolgono la propria attività professionale, in qualità di dipendenti o meno, all'interno di una stessa persona giuridica o di una organizzazione. Ai fini del presente articolo si intende per "organizzazione" la struttura più vasta a cui la persona appartiene e che condivide proprietà, gestione o controllo dell'osservanza delle disposizioni.

5. Per gli enti o le persone di cui all'articolo 2, paragrafo 1, punti 1) e 2) e punto 3), lettere a) e b) in casi relativi allo stesso cliente e alle stesse operazioni che coinvolgono due o più enti o persone, il divieto di cui al paragrafo 1 non impedisce la comunicazione tra gli enti o le persone in questione, a condi-

Legislazione

zione che siano situati in uno Stato membro o in un paese terzo che impone obblighi equivalenti a quelli previsti dalla presente direttiva e che siano della stessa categoria professionale e che siano soggetti a obblighi equivalenti in materia di segreto professionale e di protezione dei dati di carattere personale. Le informazioni scambiate sono utilizzate esclusivamente ai fini della prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo.

6. Quando le persone di cui all'articolo 2, paragrafo 1, punto 3), lettere a) e b) tentano di dissuadere un cliente dal porre in atto un'attività illegale, non si ha comunicazione ai sensi del paragrafo 1.

7. Gli Stati membri si informano reciprocamente e informano la Commissione dei casi in cui ritengono che un paese terzo soddisfi le condizioni di cui ai paragrafi 3, 4 o 5.

Articolo 29

Quando la Commissione adotta una decisione a norma dell'articolo 40, paragrafo 4, gli Stati membri vietano la comunicazione tra enti e persone soggetti alla presente direttiva e enti e persone dei paesi terzi interessati.

CAPO IV – TENUTA DELLE REGISTRAZIONI
E DATI STATISTICI

(omissis)

CAPO V – MISURE DI ESECUZIONE
SEZIONE 1

Procedure interne, formazione e riscontro di informazioni

(omissis)

SEZIONE 2
Vigilanza

Articolo 36

1. Gli Stati membri prevedono che gli uffici di cambio ed i prestatori di servizi relativi a società e trust debbano ottenere un'autorizzazione o essere registrati e che le case da gioco debbano ottenere un'autorizzazione per poter esercitare legalmente la loro attività. Fatta salva la futura normativa comunitaria, gli Stati membri prevedono che le imprese di trasferimento di fondi ottengano un'autorizzazione o siano registrate per poter esercitare legalmente la loro attività.

2. Gli Stati membri impongono alle autorità competenti di rifiutare l'autorizzazione o la registrazione dei soggetti di cui al paragrafo 1 se non sono convinte della competenza e dell'onorabilità delle persone che dirigono o dirigeranno effettivamente l'attività di tali soggetti o dei loro titolari economici.

(omissis)

SEZIONE 3
Cooperazione

(omissis)

SEZIONE 4

Sanzioni

(omissis)

CAPO VI – MISURE DI ATTUAZIONE

(omissis)

CAPO VII – DISPOSIZIONI FINALI

(omissis)

Trust Law

Dubai

Part 1: General

1. Title

This Law may be cited as the "Trust Law 2005".

2. Legislative authority

This Law is made by the Ruler of Dubai.

3. Date of enactment

This Law applies in the jurisdiction of the Dubai International Financial Centre.

4. Scope of the Law

This Law applies to express trusts, charitable or non charitable, and trusts created pursuant to a law or judgment that requires the trust to be administered in the manner of an express trust.

5. Date of Enactment

This Law is enacted on the date specified in the Enactment Notice in respect of this Law.

6. Commencement

This Law comes into force on the date specified in the Enactment Notice in respect of this Law.

7. Interpretation

Schedule 1 contains:

- (a) interpretative provisions which apply to this Law; and
- (b) a list of defined terms used in the Law.

8. Administration of this Law

This Law is administered by the DFSA.

9. The power of the DFSA to make Rules

The DFSA Board of Directors may make Rules for the purposes of this Law pursuant to the power conferred upon it under Article 23 of the Regulatory Law 2004.

10. Default and mandatory rules

(1) Except as otherwise provided in the terms of the trust, this Law governs the duties and powers of a trustee, relations among trustees and the Rights and Interests of a beneficiary.

(2) The terms of a trust prevail over any provision of this Law, except:

- (a) the requirements for creating a trust;
- (b) the duty of a trustee to act in good faith and in accordance with the purposes of the trust;
- (c) the requirement that a trust and its terms be for the benefit of its beneficiaries, and that the trust have a purpose that is lawful, not contrary to public policy in the DIFC, and possible to achieve;
- (d) the power of the Court to modify or terminate a trust in accordance with this Law;
- (e) the effect of a protective trust as provided in Part 6;

(f) the power of the Court under Article 48 to adjust a trustee's compensation specified in the terms of the trust which is unreasonably low or high;

(g) the effect of an exculpatory term under Article 70;

(h) the rights under Articles 72, 74 and 76 of a Person other than a trustee or beneficiary;

(i) periods of limitation for commencing a judicial proceeding;

(j) the power of the Court to take such action and exercise such jurisdiction as may be necessary in the interests of justice; and

(k) exclusive jurisdiction of the Court under Article 22.

11. Common Law and Principles of equity

The common law of trusts and principles of equity supplement this Law, except to the extent modified by this Law or any other DIFC Law.

Part 2: Choice of Governing Law; Place of Administration

12. Governing Law

(1) The meaning and effect of the terms of a trust are determined by:

(a) the law of the jurisdiction designated in the terms; or

(b) in the absence of a designation in the terms of the trust, the law of the jurisdiction having the most significant relationship to the matter at issue.

(2) A settlor may, whether or not he is resident in the DIFC, expressly declare in the trust Instrument that the laws of the DIFC shall be the governing law of the trust.

(3) A term of the trust expressly declaring that the laws of the DIFC shall govern the trust is valid, effective and conclusive regardless of any other circumstance.

13. Provision for change of governing law

(1) Where a term of a trust so provides, the governing law may be changed to or from the laws of the DIFC, in the manner prescribed by the terms of the trust, if:

(a) in the case of a change to the laws of the DIFC, such change is recognised by the governing law previously in effect; or

(b) in the case of a change from the laws of the DIFC, the new governing law would recognise the validity of the trust and the respective interest of the beneficiaries.

(2) A change in the governing law shall not affect the legality or validity of, or render any Person liable for, anything done before the change.

14. Migration of trust to and from the DIFC

(1) Subject to the provisions of this Law, the terms of the trust and its governing law, a trust established or created in accordance with the laws of any jurisdiction other than the DIFC may, if so authorised by the laws of that jurisdiction and the terms of the trust, be transferred to and become a trust under the laws of the DIFC.

(2) Subject to the provisions of this Law and the terms of the trust, a DIFC trust validly created or established under this Law

Legislazione

may be transferred to and become a trust under the laws of another jurisdiction if so authorised by the laws of that jurisdiction.

15. Matters determined by governing law

(1) Subject to Article 15(2), all matters arising in regard to a trust which is for the time being governed by the laws of the DIFC or in regard to any disposition of Property upon the trust thereof shall be determined in accordance with the laws of the DIFC.

(2) Article 15(1) shall:

(a) not validate any disposition of Property which is neither owned by the settlor nor the subject of a power in that behalf vested in the settlor;

(b) not validate any trust or disposition of immovable Property situated in a jurisdiction other than DIFC in which such trust or disposition is invalid according to the laws of such jurisdiction;

(c) not validate any testamentary trust or disposition which is invalid according to the laws of the testator's domicile;

(d) not affect the Recognition of foreign laws in determining whether the settlor is the owner of the settled Property or is the holder of a power to dispose of such property;

(e) not affect the Recognition of the laws of its place of incorporation in relation to the capacity of a corporation;

(f) not affect the Recognition of foreign laws prescribing generally, without reference to the existence or terms of the trust, the formalities for the disposition of Property.

16. Limitations in foreign law

Without limiting the generality of Article 15, no trust governed by the laws of the DIFC and no disposition of Property to be held on trust that is valid under the laws of the DIFC is void, voidable, liable to be set aside or defective in any manner by reference to a foreign law; nor is the capacity of any settlor to be questioned nor is the trustee or any beneficiary or any other Person to be subjected to any liability or deprived of any right, by reason that:

(a) the laws of any foreign jurisdiction prohibit or do not recognise the concept of a trust; or

(b) the trust or disposition avoids or defeats rights, claims or interest conferred by foreign law upon any Person by reason of a personal relationship to the settlor or by way of heirship rights or contravenes any rule of foreign law or any foreign, judicial or administrative order or action intended to recognise, protect, enforce or give affect to any such rights, claims or interest.

17. Heirship rights

An heirship right conferred by foreign law in relation to the Property of a living Person shall not be recognised as:

(a) affecting the ownership of immovable Property in the DIFC and movable Property wherever it is situated for the purposes of Article 15(2)(a) and (b) or for any other purpose; or

(b) constituting an obligation or liability for any purpose.

18. Foreign Judgments

A foreign judgment shall not be recognised or enforced or give rise to any estoppels insofar as it is inconsistent with Articles 16 and 17.

19. Principal Place of Administration

(1) Without precluding other means for establishing a sufficient connection with the designated jurisdiction, terms of a trust designating the principal place of administration are valid and controlling if:

(a) a trustee's principal place of business is located in or a trustee is resident of the designated jurisdiction;

(b) all or part of the administration occurs in the designated jurisdiction.

(2) A trustee is under a continuing duty to administer the trust at a place appropriate to its purposes, its administration, and the interests of the beneficiaries.

(3) Without precluding the right of the Court to order, approve, or disapprove a transfer, the trustee, in furtherance of the duty prescribed in Article 19(2), may transfer the trust's principal place of administration to another jurisdiction outside the DIFC.

(4) The trustee shall notify the beneficiaries of a proposed transfer of a trust's principal place of administration not less than 60 days before initiating the transfer. The manner which the notice should be submitted shall be specified in the Rules.

(5) The authority of the trustee under this section to transfer a trust's principal place of administration terminates if a beneficiary notifies the trustee of an objection to the proposed transfer on or before the date specified in the notice.

(6) In connection with a transfer of the trust's principal place of administration, the trustee may transfer some or all of the trust Property to a successor trustee designated in the terms of the trust.

Part 3: Judicial and Non Judicial Proceedings

20. Role of Court in administration of trust

(1) The Court may intervene in the administration of a trust to the extent its jurisdiction is invoked by an interested Person or as provided by Law.

(2) A trust is not subject to continuing judicial supervision unless ordered by the Court;

(3) A judicial proceeding involving a trust may relate to any matter involving the trust's administration, including a request for instructions and an action to declare rights.

21. Non-judicial settlement agreements

(1) For purposes of this Article, "interested persons" means persons whose consent would be required in order to achieve a binding settlement were the settlement to be approved by the Court.

(2) Except as otherwise provided in Article 21(3), interested persons may enter into a binding non-judicial settlement agreement with respect to any matter involving a trust.

(3) A non-judicial settlement agreement is valid only to the extent it does not violate a material purpose of the trust and includes terms and conditions that could be properly approved by the Court under this Law or other applicable law.

(4) Matters that may be resolved by a non-judicial settlement agreement include:

(a) the interpretation or construction of the terms of the trust;

(b) the approval of a trustee's report or accounting;

(c) direction to a trustee to refrain from performing a partic-

ular act or the grant to a trustee of any necessary or desirable power;

(d) the resignation or appointment of a trustee and the determination of a trustee's compensation;

(e) transfer of a trust's principal place of administration; and

(f) liability of a trustee for an action relating to the trust.

(5) Any interested Person may request the Court to approve a non-judicial settlement agreement and determine whether the agreement contains terms and conditions the Court could have properly approved.

22. Jurisdiction of the Court

The Court has jurisdiction where:

(a) the trust is a DIFC trust;

(b) a trustee of a foreign trust is resident in the DIFC;

(c) any trust Property of a foreign trust is situated in the DIFC; or

(d) administration of any trust Property of a foreign trust is carried out in the DIFC.

23. Application to and certain powers of the Court

(1) A trustee may make an application to the Court for direction concerning the manner in which he may or should act in connexion with any matter concerning the trust and the Court may make such order, if any, as it thinks fit.

(2) The Court may, if it thinks fit:

(a) make an order concerning:

(i) the execution or the administration of any trust;

(ii) the trustee of any trust, including an order relating to the exercise of any power, discretion or duty of the trustee, the appointment or removal of a trustee, the Remuneration of a trustee, the submission of accounts, the conduct of the trustee and payments, whether payments into Court or otherwise;

(iii) a beneficiary or any Person having a connexion with the trust; or

(iv) the appointment or removal of an enforcer in relation to any non-charitable purposes of the trust;

(b) make a declaration as to the validity or the enforceability of a trust; or

(c) rescind or vary any order or declaration made under this Law, or make any new or further order or declaration.

(3) Where the Court makes an order for the appointment of a trustee it may impose such conditions as it thinks fit, including conditions as to the vesting of trust Property.

(4) Subject to any order of the Court, a trustee appointed under this Article shall have the same powers, discretions and duties and may act as if he had been originally appointed as a trustee.

24. Payment of costs

The costs and expenses of and incidental to an application to the Court under this Law shall be paid out of the trust Property or be borne and paid in such other manner or by such other Person as the Court may order.

Part 4: Creation, Validity and Modification of a DIFC Trust

25. Creation of a trust

(1) A trust may be created by:

(a) transfer of Property to another Person as trustee during

the settlor's lifetime or by will or other disposition taking effect upon the settlor's death;

(b) declaration by the owner of Property that the owner holds identifiable Property as trustee; or

(c) exercise of a power of appointment in favour of a trustee.

(2) Except as provided in Article 75(4), a trust shall come into existence by an Instrument in writing including a will or codicil.

26. Requirements for creation

(1) Except as provided in Article 75(4), a trust is created if:

(a) the settlor has the capacity to create a trust;

(b) the settlor indicates an intention to create the trust;

(c) the trust either:

(i) has a definite beneficiary; or

(ii) is a charitable trust, as provided for in Article 30;

(d) the trustee has duties to perform; and

(e) the same Person is not the sole trustee and sole beneficiary.

(2) A beneficiary is definite if the beneficiary can be ascertained now or in the future.

27. Trust purposes

(1) A trust may only be created to the extent its purposes are lawful, not contrary to the public interest in the DIFC, and possible to achieve.

(2) A trust and its terms shall be for the benefit of its beneficiaries.

28. Duration of a trust

A trust may continue indefinitely or terminate in accordance with this Law or with the terms of the trust.

29. Validity and invalidity of a trust

(1) Subject to Article 29(2) and (3), a trust shall be valid and enforceable in accordance with its terms.

(2) A trust shall be invalid to the extent that:

(a) it purports to do anything which is contrary to DIFC Law;

(b) it is created for a purpose in relation to which there is no beneficiary, not being a charitable purpose, unless it complies with Article 31;

(c) its creation was induced by fraud, duress, undue influence or misrepresentation;

(d) the trust is immoral or contrary to public policy; or

(e) the terms of the trust are so uncertain that its performance is rendered impossible.

(3) Where a trust is created for two or more purposes of which some are lawful and others are unlawful:

(a) if those purposes cannot be separated the trust shall be invalid;

(b) where those purposes can be separated the Court may declare that the trust is valid as to the purposes which are lawful;

30. Charitable trust

(1) A charitable trust may be created for the relief of poverty, the advancement of education or religion, the promotion of health or art, the protection of the environment, and any other purposes which are beneficial to the community.

Legislazione

(2) If the terms of a charitable trust do not indicate a particular charitable purpose or beneficiary, the Court may select one or more charitable purposes or beneficiaries in accordance with the settlor's intention to the extent it can be ascertained.

(3) The settlor of a charitable trust may maintain a proceeding to enforce the trust.

31. Non-charitable trusts or purpose trusts

(1) A trust shall not be invalid by reason of Article 29(2)(b) if the terms of the trust provide for the appointment of an enforcer in relation to its non-charitable purposes.

(2) Subject to Article 31(1), a trust may be declared by trust Instrument for a non-charitable purpose, including the purpose of holding or investing in Shares in a company or any other assets constituting the trust Property if:

(a) the purpose is possible and sufficiently certain to allow the trust to be carried out;

(b) the purpose is not contrary to public policy in the DIFC or unlawful under the laws of the DIFC;

(c) the trust Instrument specifies the event upon the happening of which the trust terminates and provides for the disposition of surplus assets of the trust upon its termination.

(3) It shall be the duty of an enforcer to enforce the trust in relation to its non-charitable purposes.

(4) The appointment of a Person as enforcer of a trust in relation to its non-charitable purposes shall not have effect if he is also a trustee of the trust.

(5) Except as permitted by this Law or expressly provided by the terms of the trust, or with the approval of the Court an enforcer shall not:

(a) directly or indirectly profit from his appointment;

(b) cause or permit any other Person to profit directly or indirectly from such appointment; or

(c) on his own account enter into any Transaction with the trustees or relating to the trust Property which may result in profit.

(6) Subject to Article 31(7), an enforcer may resign from his office by notice in writing delivered to the trustee.

(7) A resignation given in order to facilitate a breach of trust shall be of no effect.

32. Variation and revocation of a trust

(1) A trust may expressly provide that:

(a) its terms are capable of variation; or

(b) the trust itself or a power exercisable under the trust is revocable either in whole or in part.

(2) Where a trust provides that the terms of the trust may be varied, such power to vary shall be without prejudice to the power vested in the Court by this Law for the variation of the terms of the trust.

(3) No variation of the terms of the trust or revocation of a trust or a power exercisable under a trust shall prejudice anything lawfully done by a trustee in relation to a trust prior to his receiving a notice of such variation or revocation.

(4) Subject to the terms of the trust, where a trust is revoked, either in whole or in part, the trustee shall hold the trust Property affected by the revocation for the settlor absolutely or if the settlor is dead, for the settlor's personal representative or estate.

(5) The Court may vary the terms of a trust:

(a) even if unambiguous, to conform the terms to the settlor's intention if it is provided by clear and convincing evidence that both the settlor's intent and the terms of the trust were affected by a mistake of fact or law, whether in expression or inducement;

(b) if, because of circumstances not anticipated by the settlor, modification will further the purpose of the trust;

(c) if continuation of the trust on its existing terms would be impracticable or wasteful or impair the trust's administration;

(d) where trust Property is held for a charitable purpose, if the Court is satisfied that:

(i) the variation is suitable or expedient and is consistent with the original intention of the settlor and the spirit of the gift; and

(ii) any Person with a material interest in the trust has had an opportunity of being heard.

33. Failure or lapse of interest

Subject to the terms of a trust and to any order of the Court, the trust Property or interest under the trust shall be held by the trustee for the settlor absolutely or if the settlor is dead, for the settlor's personal representatives or estate where:

(a) the interest in question lapses;

(b) the trust Property is vested in a Person otherwise than for his sole benefit but the trusts upon which he is to hold the Property are not declared or communicated to him;

(c) the trust terminates otherwise than in pursuance of Article 34(1)(f).

34. Termination of a trust

(1) Without prejudice to the powers of the Court under this Law a trust terminates:

(a) if the trust is revoked or expires pursuant to its terms;

(b) if no purpose of the trust remains to be achieved;

(c) where the trust Property or interest under the trust held by a trustee for a charitable purpose has ceased to exist or is no longer applicable;

(d) if the purposes of the trust have become unlawful, or impossible to achieve;

(e) if there is no beneficiary or Person who can become a beneficiary in accordance with the terms of the trust; or

(f) upon consent of all the beneficiaries in existence who have been ascertained and none of whom is a minor or a Person under a legal disability.

(2) The Court may terminate a trust:

(a) because of circumstances not anticipated by the settlor, if termination will further the purposes of the trust; or

(b) if the value of the trust Property is insufficient to justify the cost of administration.

(3) An application to the Court under this Article may be made by a trustee or beneficiary as the case may be.

35. Distribution of property

(1) Without prejudice to the powers of the Court under Article 35(3), on the termination of the trust the trustee shall distribute the trust Property to the persons entitled thereto within a reasonable time and in accordance with the terms of the trust.

(2) The trustee may retain sufficient assets to make reasonable provision for liabilities, whether existing, future, contingent

or otherwise, before distributing the trust Property under Article 35(1).

(3) The Court may, on the termination of a trust or at any time thereafter, upon an application made by a trustee or any beneficiary as the case may be:

- (a) require the trustee to distribute the trust property;
- (b) direct the trustee not to distribute the trust property; or
- (c) make such other order as it thinks fit.

36. Managing trust property following termination

(1) On termination of a trust the 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) Where a trust terminates in accordance with Article 34(1)(c), the Property shall be held for such other purpose as the Court may declare to be consistent with the original intention of the settlor.

Part 5: The Beneficiaries of a Trust

37. Beneficiaries of a trust

(1) A beneficiary shall be:

- (a) identifiable by name; or
- (b) ascertainable by reference to:
 - (i) a class; or

(ii) a relationship to some Person whether or not living at the time of the creation of the trust or 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.

(2) The terms of a trust may provide for the addition of a Person as a beneficiary or the exclusion of a beneficiary from benefit.

38. Disclaimer

(1) A beneficiary may disclaim his whole interest.

(2) A disclaimer made under Article 38(1) shall be in writing and shall be irrevocable.

(3) Subject to the terms of a trust, a beneficiary under a trust may disclaim part of his interest, whether or not he has received some benefit from his interest.

(4) A disclaimer made under Article 38(3) may, subject to the terms of the trust, be revocable and it shall be exercisable in the manner and under the circumstances so expressed.

39. Interest of beneficiary and dealings thereof

(1) Notwithstanding that the trust Property of a trust may include immovable Property, the interest of a beneficiary of a trust shall consist of movable Property only.

(2) Where the terms of the trust so provide, a beneficiary may, by Instrument in writing, sell, Charge, transfer or otherwise deal with his interest in any manner.

Part 6: Protective Trusts and Creditors' Claims

40. Protective Trusts

(1) The terms of a trust may make the interest of the beneficiary liable to termination.

(2) Without prejudice to the generality of Article 40(1), the terms of a trust may make the interest of a beneficiary in the income or capital of the trust Property subject to:

- (a) a restriction on alienation or disposal;

(b) a diminution or termination in the event of the beneficiary becoming bankrupt or any of his or her Property becoming liable to sequestration for the benefit of his or her creditors.

(3) A trust under which the interest of a beneficiary is subject to restriction, diminution or termination under Article 40(2) is a protective trust.

(4) A provision in the terms of a trust requiring the interest of a beneficiary in trust Property to be held upon a protective trust shall be construed as a requirement that the interest of the beneficiary be subject to restriction, diminution or termination as mentioned in Article 40(2).

(5) Even if a trust contains a protective provision, a beneficiary's child, spouse, or former spouse who has a judgment or Court order against the beneficiary for support or maintenance, or a judgment creditor who has provided services for the protection of a beneficiary's interest in the trust, may obtain from the Court an order attaching present or future distributions to or for the benefit of the beneficiary.

41. Creditors claims in relation to a discretionary trust

(1) In the case of a discretionary trust, whether or not such trust contains a protective provision, a creditor of a beneficiary may not compel a distribution that is subject to the trustee's discretion, even if:

(a) the discretion is expressed in the form of a standard of distribution; or

(b) the trustee has abused the discretion.

(2) To the extent a trustee has not complied with a standard of distribution or has abused a discretion:

(a) a distribution may be ordered by the Court to satisfy a judgement or Court order against the beneficiary for support or maintenance of the beneficiary's child, spouse or former spouse; and

(b) the Court shall direct the trustee to pay to the child, spouse, or former spouse such amount as is equitable under the circumstances but not more than the amount the trustee would have been required to distribute to or for the benefit of the beneficiary had the trustee complied with the standard or not abused the discretion.

Part 7: Office of Trustee

42. Accepting or declining trusteeship

(1) Except as otherwise provided in Article 42(3) a Person designated as trustee accepts the trusteeship:

(a) by substantially complying with a method of acceptance provided in the terms of the trust; or

(b) if the terms of the trust do not provide a method or the method provided in the terms is not expressly made exclusive, by accepting delivery of the trust Property, exercising powers or performing duties as trustee, or otherwise indicating acceptance of the trusteeship.

(2) A Person designated as trustee who has not yet accepted the trusteeship may decline the trusteeship. A designated trustee who does not accept the trusteeship within a reasonable amount of time after knowing of the designation is deemed to have rejected the trusteeship.

(3) A Person designated as a trustee, without accepting the trusteeship, may:

- (a) act to preserve the trust Property if, within a reasonable

Legislazione

time after acting, he sends a rejection of the trusteeship to the settlor or, if the settlor is dead or lacks capacity, to a named beneficiary.

(b) inspect or investigate trust Property to determine potential liability under any other law or for any other purpose.

(4) A Person who knowingly does any act or thing in relation to the trust Property consistent with the status of a trustee of that Property shall be deemed to have accepted appointment as a trustee, but he shall not be remunerated for acting in such capacity as provided in Article 48, unless the trustee appointed under the terms of the trust otherwise agrees.

43. Number of trustees

(1) Subject to the terms of the trust, the number of trustees shall not be less than two, unless only one trustee was originally appointed.

(2) Where there is no trustee or less than the number required in Article 43(1), a trust shall not fail on that account.

(3) Subject to the terms of the trust, where the number of the trustees falls below the minimum number required under Article 43(1), the required number of new trustees shall be appointed and until such minimum number is reached the surviving or continuing trustees shall act only for the purpose of preserving the trust Property.

44. Appointment out of Court of a new trustee

(1) Where the terms of a trust contain no provision for the appointment of a new or additional trustee, the trustee for the time being may appoint a new trustee.

(2) Subject to the terms of the trust, a trustee appointed under Article 44(1) shall have the same powers, discretions and duties and may act as if he had been originally appointed a trustee.

(3) A trustee having power to appoint a new trustee who fails to exercise such power may be removed from office by the Court.

45. Resignation of trustee

(1) A trustee, not being a sole trustee, may resign his office by:

(a) giving at least 30 days notice in writing to the beneficiaries, the settlor, if living, and all his co trustees. Such resignation shall take effect on delivery of notice(1); or

(b) with the approval of the Court.

(2) A resignation,

(a) given in order to facilitate a breach of trust; or

(b) which would result in there being no trustee or fewer than the number of trustees required under Article 43(1), shall have no effect.

46. Removal of trustee by Court or under the terms of a trust

(1) The settlor, a cotrustee, or a beneficiary may request the Court to remove a trustee, or a trustee may be removed by the Court on its own initiative.

(2) The Court may remove a trustee if:

(a) the trustee has committed a serious breach of trust;

(b) lack of cooperation among co-trustees substantially impairs the administration of the trust;

(c) because of unfitness, unwillingness, or persistent failure of the trustee to administer the trust, the Court determines that

removal of the trustee best serves the interests of the beneficiaries; or

(d) there has been a substantial change of circumstances or removal is requested by all of the beneficiaries, the Court finds that removal of the trustee best serves the interests of all the beneficiaries and is not inconsistent with a material purpose of the trust, and a suitable co-trustee or successor trustee is available.

(3) Pending a final decision on a request to remove a trustee, or in lieu of or in addition to removing a trustee, the Court may order an appropriate relief under Article 64.

(4) A trustee shall cease to be a trustee of the trust immediately upon the coming into effect of a provision in the terms of a trust under which he is removed from office or otherwise ceases to hold his office.

47. Delivery of property by a former trustee

(1) Unless a co-trustee remains in office or the Court otherwise orders, and until the trust Property is delivered to a successor trustee or other Person entitled to it, a trustee who has resigned or been removed has the duties of a trustee and the powers necessary to protect the Property.

(2) A trustee who has resigned or been removed shall proceed expeditiously to deliver the trust Property within the trustee's possession to the co-trustee, successor trustee or other Person entitled to it.

48. Compensation of a trustee

(1) If the terms of a trust do not specify the trustee's compensation a trustee is entitled to compensation that is reasonable under the circumstances.

(2) If the terms of a trust specify the trustee's compensation, the trustee is entitled to be compensated as specified, but the Court may allow more or less compensation if:

(a) the duties of the trustee are substantially different from those contemplated when the trust was created; or

(b) the compensation specified by the terms of the trust would be unreasonably low or high.

49. Reimbursement of expenses

A trustee may reimburse himself out of the trust Property for or pay out of the trust all expenses and liabilities properly incurred in connection with the administration of the trust.

Part 8: Duties and Powers of Trustees

Chapter 1: Duties of trustees

50. Duty to administer a trust

(1) Upon acceptance of a trusteeship, the trustee shall in the execution of his duties and in the exercise of his powers and discretions:

(a) act with due diligence as would a prudent Person to the best of his ability and skill; and

(b) observe the utmost good faith;

Nota:

(1) This article rejects the common law rule that a trustee may resign only with permission of the Court. However 30(2) allows the trustee to resign with the approval of the Court.

in accordance with the terms and purposes of the trust and this Law.

(2) A trustee shall administer the trust solely in the interest of the beneficiaries.

(3) A sale, encumbrance, or other Transaction involving the Investment or management of trust Property entered into by the trustee for the trustee's own personal account or which is otherwise affected by a conflict between the trustee's fiduciary and personal interests is voidable by a beneficiary affected by the Transaction unless:

- (a) the Transaction was authorised by the terms of the trust;
- (b) the Transaction was approved by the Court;
- (c) the beneficiary did not commence judicial proceedings within the time allowed by Article 67; or
- (d) the beneficiary consented to the trustee's conduct or ratified the transaction

51. Duties of trustees

(1) Subject to the terms of the trust, a trustee shall:

- (a) so far as is reasonably practical preserve the value of the trust property; and
- (b) so far as is reasonably practical enhance the value of the trust Property.

(2) Except with the approval of the Court or as permitted by this Law or expressly provided by the terms of the trust, a trustee shall not:

- (a) directly or indirectly profit from his trusteeship;
- (b) cause or permit any other Person to profit directly or indirectly from such trusteeship; or
- (c) on his own account enter into any Transaction with the trustees or relating to the trust Property which may result in such profit.

(3) A trustee shall keep accurate accounts and records of his trusteeship.

(4) A trustee shall keep trust Property separate from his personal Property and separately identifiable from any other Property of which he is a trustee.

(5) A trustee of a trust for non-charitable purposes shall, at any time when there is no enforcer in relation to them, take such steps as may be necessary to secure the appointment of a new enforcer.

(6) Where the trustee of a trust for non-charitable purposes has reason to believe that the enforcer in relation to such purposes is unwilling or refuses to act, or is unfit to act or incapable of acting, he shall apply to the Court for the removal of the enforcer and the appointment of a replacement.

52. Duties of co-trustees to act together

(1) Subject to the terms of the trust, where there is more than one trustee all the trustees shall join in performing the trust.

(2) Subject to Article 52(3), where there is more than one trustee no power or discretion given to the trustees shall be exercised unless all the trustees agree on its exercise.

(3) The terms of a trust may empower trustees to act by a majority but a trustee who dissents from a decision of the majority of the trustees may require his dissent to be recorded in writing.

53. Impartiality of a trustee

If a trust has two or more beneficiaries, the trustee shall act

impartially in investing, managing, and distributing the trust Property giving due regard to the beneficiaries' respective interests.

54. Cost of administration

In administering a trust, the trustee may incur only costs that are reasonable in relation to the trust Property, the purposes of the trust and the skills of the trustee.

55. Enforcement and defence claims

A trustee shall take reasonable steps to enforce claims of the trust and to defend claims against the trust.

56. Collecting trust property

A trustee shall take reasonable steps to compel a former trustee or other Person to deliver trust Property to the trustee, and to redress a breach of trust known to the trustee to have been committed by a former trustee.

57. Duty to inform and report

A trustee shall keep the beneficiaries of the trust reasonably informed about the administration of the trust and of all material facts necessary for them to protect their interest. Unless unreasonable under the circumstances, a trustee shall promptly respond to a beneficiary's request for information Related to the administration of the trust.

58. Duty to inform beneficiaries of their interest

(1) Subject to Article 58(2), a trustee shall take all reasonable steps to inform each beneficiary who has, but may not be aware of having, a vested interest under the trust.

(2) Where a beneficiary entitled to information under Article 58(1) is a minor or mentally incapacitated, the trustee shall provide such information to the parents or duly appointed legal guardians, or other legal representative as the case may be, provided it is in the best interest of the beneficiary to do so.

Chapter 2: General powers of trustees

59. Powers of trustee

(1) Subject to the terms and duties under this Law, a trustee shall in relation to the trust Property have:

- (a) all the same powers as a natural person;
- (b) any other powers appropriate to achieve the proper Investment, management, and distribution of trust property; and
- (c) any other powers conferred by this Law.

(2) A trustee shall exercise his powers only in the interest of the beneficiaries and in accordance with the terms of the trust.

(3) The terms of a trust may require a trustee to obtain the consent of some other Person before exercising a power or discretion.

(4) A Person who consents as provided in Article 59(3) shall not by virtue of doing so be deemed to be a trustee.

(5) Subject to the terms of a trust, a trustee may, without the consent of any beneficiary, appropriate trust Property in or towards satisfaction of the interest of a beneficiary in such matter and in accordance with such valuation as he thinks fit.

60. Specific powers of trustees

Without limiting the generality of Article 59, a trustee may:

Legislazione

(1) collect trust Property and accept or reject additions to the trust Property from a settlor or any other person;

(2) acquire or sell Property, for cash or on credit, at public or private sale;

(3) Exchange, partition, or otherwise change the character of trust property;

(4) Deposit trust Money in an account in a regulated Financial Services institution;

(5) borrow Money, with or without Security, and mortgage or pledge trust Property for a period within or extending beyond the duration of the trust;

(6) where the terms of the trust so permit, accumulate for a period all or part of the income of the trust;

(7) where the terms of a trust so permit, exercise a discretion in relation to the manner in which and to whom trust Property is distributed;

(8) with respect to an interest in a proprietorship, Partnership, limited liability company, business trust, corporation, or other form of business or enterprise, continue the business or other enterprise and take any action that may be taken by shareholders, Members, or Property owners, including merging, dissolving, or otherwise changing the form of business organisation or contributing additional capital;

(9) with respect to stocks or other Securities, exercise the rights of an absolute owner, including the right to:

(a) vote, or give proxies to vote, with or without power of substitution, or enter into or continue a voting trust agreement;

(b) hold a Security in the name of a nominee or in other form without disclosure of the trust so that title may pass by delivery;

(c) pay calls, assessments, and other sums chargeable or accruing against the Securities, and sell or exercise stock subscription or conversion rights; and

(d) Deposit the Securities with a depository or other regulated Financial Services institution;

(10) with respect to an interest in immovable Property, construct, or make ordinary or extraordinary repairs to, alterations to, or improvements in, buildings or other structures, demolish improvements, raze existing or erect new party walls or buildings, subdivide or develop land, dedicate land to public use or grant public or private easements, and make or vacate plots and adjust boundaries;

(11) enter into a lease for any purpose as lessor or lessee, including a lease or other arrangement for exploration and removal of natural resources, with or without the option to purchase or renew, for a period within or extending beyond the duration of the trust;

(12) grant an option involving a sale, lease, or other disposition of trust Property or acquire an option for the acquisition of Property, including an option exercisable beyond the duration of the trust, and exercise an option so acquired;

(13) insure the Property of the trust against damage or loss and insure the trustee, the trustee's agents, and beneficiaries against liability arising from the administration of the trust;

(14) abandon or decline to administer Property of no value or of insufficient value to justify its collection or continued administration;

(15) pay or contest any claim, settle a claim by or against the

trust, and release, in whole or in part, a claim belonging to the trust;

(16) pay assessments, compensation of the trustee and of Employees and agents of the trust, and other expenses incurred in the administration of the trust;

(17) select a mode of payment under any Employee benefit or retirement plan, annuity, or life insurance payable to the trustee, exercise rights thereunder, including exercise of the right to indemnification for expenses and against liabilities, and take appropriate action to collect the proceeds;

(18) make loans out of trust Property, including loans to a beneficiary on terms and conditions the trustee considers to be fair and reasonable under the circumstances, and the trustee has a lien on future distributions for repayment of those loans;

(19) pledge trust Property to guarantee loans made by others to the beneficiary;

(20) appoint a trustee to act in another jurisdiction with respect to trust Property located in the other jurisdiction, confer upon the appointed trustee all of the powers and duties of the appointing trustee, require that the appointed trustee furnish Security, and remove any trustee so appointed;

(21) pay an amount distributable to a beneficiary who is under a legal disability or who the trustee reasonably believes is incapacitated, by paying it directly to the beneficiary or applying it for the beneficiary's benefit, or by:

(a) paying it to the beneficiary's guardian;

(b) if the trustee does not know of a guardian, or custodial trustee, paying it to an adult relative or other Person having legal or physical care or custody of the beneficiary, to be expended on the beneficiary's behalf; or

(c) managing it as a separate fund on the beneficiary's behalf, subject to the beneficiary's continuing right to withdraw the distribution;

(22) on distribution of trust Property or the division or termination of a trust, make distributions in divided or undivided interests, allocate particular assets in proportionate or disproportionate Shares, value the trust Property for those purposes, and adjust for resulting differences in valuation;

(23) resolve a dispute concerning the interpretation of the trust or its administration by mediation, arbitration, or other procedure for alternative dispute resolution;

(24) prosecute or defend an action, claim, or judicial proceeding in any jurisdiction to protect trust Property and the trustee in the performance of the trustee's duties;

(25) sign and deliver contracts and other Instruments that are useful to achieve or facilitate the exercise of the trustee's powers; and

(26) on termination of the trust, exercise the powers appropriate to wind up the administration of the trust and distribute the trust Property to the persons entitled to it.

61. Delegation by a trustee

(1) A trustee shall not delegate his powers unless permitted to do so by this Law or by the terms of the trust.

(2) Subject to Article 61(1), a trustee may delegate duties and powers that a prudent trustee of comparable skills could properly delegate under the circumstances. The trustee shall exercise reasonable care, skill, and caution in:

- (a) selecting a competent and qualified agent;
- (b) establishing the scope and terms of the delegation, consistent with the purposes and terms of the trust; and
- (c) periodically reviewing the agent's actions in order to monitor the agent's performance and compliance with the terms of the delegation

(3) In performing a delegated function, an agent owes a duty to the trust to exercise reasonable care to comply with the terms of the delegation.

(4) A trustee who complies with Article 61(1) is not liable to the beneficiaries or to the trust for an action of the agent to whom the function was delegated.

(5) For the purposes of this Article an "agent" may include Investment managers, accountants, lawyers, 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.

(6) A trustee may authorise a Person referred to in Article 61(5) to retain any Commission or other payment usually payable in relation to any Transaction.

62. Combination and division of trusts

After notice to the beneficiaries, a trustee may combine two or more trusts into a single trust or divide a trust into two or more separate trusts, if the result does not impair rights of any beneficiaries or adversely affect achievement of the purposes of the trusts.

Part 9: Liability of Trustees and Rights of Persons Dealing with a Trustee

63. Liability for breach of trust

(1) A violation by a trustee of a duty the trustee owes to a beneficiary is a breach of trust.

(2) A trustee who is liable for a breach of trust shall be liable to the beneficiaries for:

- (a) the loss or depreciation in value of the trust Property resulting from such breach; and
- (b) the profit, if any, which would have accrued to the trust Property if there had been no such breach.

(3) Where there are two or more breaches of trust, a trustee shall not set off a gain from one breach of trust against the loss resulting from another breach of trust.

(4) 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.

(5) A trustee shall not be liable for a 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 of the intention of his co-trustee to commit a breach of trust; and
- (b) he actively conceals such breach or such intention of fails within a reasonable time to take proper steps to protect or restore the trust Property or prevent such breach.

(6) A beneficiary may:

- (a) relieve a trustee of liability to him for a breach of trust; or
 - (b) indemnify a trustee against liability for a breach of trust.
- (7) Article 63(6) shall not apply unless the beneficiary:
- (a) has legal capacity;
 - (b) has full knowledge of all material facts; and

(c) is not improperly induced by the trustee to take action under Article 63(6).

(8) Where two or more trustees are liable in respect of a breach of trust, they shall be liable jointly and severally.

(9) A trustee who becomes aware of a breach of trust under Article 63(3) shall take all reasonable steps to have such breach remedied.

(10) 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.

64. Remedies for breach of trust

(1) To remedy a breach of trust that has occurred or may occur, the Court may:

- (a) compel the trustee to perform the trustee's duties;
- (b) restrain the trustee from committing a breach of trust;
- (c) compel the trustee to redress a breach of trust by paying Money, restoring Property, or other means;
- (d) order a trustee to account;
- (e) appoint a special fiduciary to take possession of the trust Property and administer the trust;
- (f) suspend the trustee;
- (g) remove the trustee as provided in Article 46;
- (h) reduce or deny compensation to the trustee;
- (i) subject to Article 74, invalidate an act of the trustee, impose a lien or a constructive trust on trust Property, or trace trust Property wrongfully disposed of and recover the Property or its proceeds; or
- (j) order any other appropriate relief.

65. Damages in absence of a breach

(1) A trustee is accountable to an affected beneficiary for any profit made by the trustee arising from the administration of the trust, even absent a breach of trust.

(2) Absent a breach of trust, a trustee is not liable to a beneficiary for a loss or depreciation in the value of trust Property or for not having made a profit.

66. Legal fees and costs

In a judicial proceeding involving the administration of a trust, the Court, as justice and equity may require, may award costs and expenses, including reasonable lawyers' Fees, to any party, to be paid by another party or from the trust that is the subject of the controversy.

67. Limitation of action against trustee

(1) A beneficiary may not commence a proceeding against a trustee for breach of trust more than one year after the date the beneficiary or a representative of the beneficiary was sent a report that adequately disclosed the existence of a potential claim for breach of trust and informed the beneficiary of the time allowed for commencing a proceeding.

(2) A report adequately discloses the existence of a potential claim for breach of trust if it provides sufficient information so that the beneficiary or representative knows of the potential claim or should have inquired into its existence.

(3) If Article 67(1) does not apply, a judicial proceeding by a beneficiary against a trustee for breach of trust shall be commenced within five years after the first to occur of:

Legislazione

- (a) the removal, resignation, or death of the trustee;
 - (b) the termination of the beneficiary's interest in the trust;
- or
- (c) the termination of the trust.

68. Reliance on trust instrument

A trustee who acts in reasonable reliance on the terms of the trust as expressed in the trust Instrument is not liable to a beneficiary for a breach of trust to the extent the breach resulted from the reliance.

69. Event affecting administration and distribution

If the happening of an event, including marriage, divorce, performance of educational requirements, or death, affects the administration or distribution of a trust, a trustee who has exercised reasonable care to ascertain the happening of the event is not liable for a loss resulting from the trustee's lack of knowledge.

70. Exculpation of trustee

(1) A term of a trust relieving a trustee of liability for breach of trust is unenforceable to the extent that it:

- (a) relieves the trustee of liability for breach of trust committed in bad faith or with reckless indifference to the purposes of the trust or the interests of the beneficiaries; or
- (b) was inserted as the result of an abuse by the trustee of a fiduciary or confidential relationship to the settlor.

(2) An exculpatory term drafted or caused to be drafted by the trustee is invalid as an abuse of a fiduciary or confidential relationship unless the trustee proves that the exculpatory term is fair under the circumstances and that its existence and contents were adequately communicated to the settlor.

71. Beneficiary's consent, release or ratification

A trustee is not liable to a beneficiary for breach of trust if the beneficiary, consented to the conduct constituting the breach, released the trustee from liability for the breach, or ratified the Transaction constituting the breach, unless:

- (a) the consent, release, or ratification of the beneficiary was induced by improper conduct of the trustee; or
- (b) at the time of the consent, release, or ratification, the beneficiary did not know of the beneficiary's rights or of the material facts relating to the breach.

72. Limitation on personal liability of trustee

(1) Except as otherwise provided in the contract, a trustee is not personally liable on a contract properly entered into in the trustee's fiduciary capacity in the course of administering the trust if the trustee in the contract disclosed the fiduciary capacity.

(2) A trustee is personally liable for torts committed in the course of administering a trust, or for obligations arising from ownership or control of trust Property only if the trustee is personally at fault.

(3) A claim based on a contract entered into by a trustee in the trustee's fiduciary capacity, on an obligation arising from ownership or control of trust Property, or on a tort committed in the course of administering a trust, may be asserted in a judicial proceeding against the trustee in the trustee's fiduciary capacity, whether or not the trustee is personally liable for the claim.

73. Personal obligations of trustee

Trust Property is not subject to personal obligations of the trustee, even if the trustee becomes insolvent or bankrupt.

74. Protection of persons dealing with trustees

(1) A Person other than a beneficiary who in good faith assists a trustee, or who in good faith and for value deals with a trustee, without knowledge that the trustee is exceeding or improperly exercising the trustee's powers is protected from liability as if the trustee properly exercised the power.

(2) A Person other than a beneficiary who in good faith deals with a trustee is not required to inquire into the extent of the trustee's powers or the propriety of their exercise.

(3) A Person who in good faith delivers assets to a trustee need not ensure their proper application.

(4) A Person other than a beneficiary who in good faith assists a former trustee, or who in good faith and for value deals with a former trustee, without knowledge that the trusteeship has terminated is protected from liability as if the former trustee were still a trustee.

(5) Comparable protective provisions of other DIFC laws relating to commercial transactions or transfer of Securities by fiduciaries prevail over the protection provided by this Article.

75. Constructive trustee

(1) Subject to Article 75(2), where a Person makes or receives any profit, gain or advantage from a breach of trust the Person shall be deemed to be a trustee of that profit, gain or advantage.

(2) Article 75(1) shall not apply to a bona fide purchaser of Property for value without notice of a breach of trust.

(3) A Person who is or becomes a constructive trustee shall deliver up the Property of which the Person is a constructive trustee to the Person properly entitled to it.

(4) This Article shall not be construed as excluding any other circumstances under which a Person may be or become a constructive trustee.

76. Certification of trust

(1) Instead of furnishing a copy of the trust Instrument to a Person other than a beneficiary, the trustee may furnish to the Person a certification of trust containing the following information:

- (a) that the trust exists and the date the trust Instrument was executed;
- (b) the identity of the settlor;
- (c) the identity and address of the currently acting trustee;
- (d) the powers of the trustee;
- (e) the revocability or irrevocability of the trust and the identity of any Person holding a power to revoke the trust;
- (f) the authority of co-trustees to sign or otherwise authenticate and whether all or less than all are required in order to exercise powers of the trustee; and
- (g) the manner of taking title to trust Property.

(2) A certification of trust may be signed or otherwise authenticated by any trustee.

(3) A certification of trust shall State that the trust has not been revoked, modified, or amended in any manner that would

cause the representations contained in the certification of trust to be incorrect.

(4) A certification of trust need not contain the dispositive terms of a trust.

(5) A recipient of a certification of trust may require the trustee to furnish copies of those excerpts from the original trust Instrument and later amendments which designate the trustee and confer upon the trustee the power to act in the pending Transaction.

(6) A Person who acts in reliance upon a certification of trust without knowledge that the representations contained therein are incorrect is not liable to any Person for so acting and may assume without inquiry the existence of the facts contained in the certification. Knowledge of the terms of the trust may not be inferred solely from the fact that a copy of all or part of the trust Instrument is held by the Person relying upon the certification.

(7) A Person who in good faith enters into a Transaction in reliance upon a certification of trust may enforce the Transaction against the trust Property as if the representations contained in the certification were correct.

(8) A Person making a demand for the trust Instrument in addition to a certification of trust or excerpts is liable for damages if the Court determines that the Person did not act in good faith in demanding the trust Instrument.

(9) This section does not limit the right of a Person to obtain a copy of the trust Instrument in a judicial proceeding concerning the trust.

Part 10: The Protector

77. The Protector

(1) A trust Instrument may contain provisions by virtue of which the exercise by the trustees of any of their powers shall be subject to the previous consent of the settlor or some other Person as protector, and if so provided in the trust Instrument the trustees shall not be liable for any loss caused by the actions of the protector if the previous consent was given and he acted in good faith.

(2) The trust Instrument may confer on the settlor or on the protector any powers, including without limitation the power to:

- (a) determine the law of which jurisdiction shall be the governing law of the trust;
- (b) change the forum of administration of the trust;
- (c) remove trustees;
- (d) appoint new or additional trustees;
- (e) exclude any beneficiary as beneficiary of the trust;
- (f) add any Person as a beneficiary of the trust in addition to any existing beneficiary of the trust;
- (g) give or withhold consent to specified actions of the trustee either conditionally or unconditionally; and
- (h) release any of the protector's powers.

(3) A Person exercising any one or more of the powers set forth in Article 77(2) shall not by virtue only of such exercise be deemed to be a trustee and, unless otherwise provided in the trust Instrument, is not liable to the beneficiaries for the bona fide exercise of the power.

Schedule 1 Interpretation

1. Rules of interpretation

(1) In the Law, a reference to:

(a) a statutory provision includes a reference to the statutory provision as amended or re-enacted from time to time;

(b) a Person includes any natural Person, Body Corporate or body unincorporate, including a company, Partnership, unincorporated association, government or state;

(c) an obligation to publish or cause to be published a particular document shall, unless expressly provided otherwise in the Law, include publishing or causing to be published in printed or electronic form;

(d) a day shall refer to a business day, being a normal working day in the DIFC;

(e) a calendar year shall mean a year of the Gregorian calendar;

(f) a reference to the masculine gender includes the feminine; and

(2) The headings in the Law shall not affect its interpretation.

2. Legislation in the DIFC

References to legislation and Guidance in the Law shall be construed in accordance with the following provisions:

(a) Federal Law is law made by the federal government of the United Arab Emirates;

(b) Dubai Law is law made by the Ruler, as applicable in the Emirate of Dubai;

(c) DIFC Law is law made by the Ruler (including, by way of example, the Law), as applicable in the DIFC;

(d) the Law is the Trust Law, DIFC Law No.[xxx] of 2005 made by the Ruler;

(e) the Rules are legislation made by the DFSA under the Law and are binding in nature;

(f) Guidance is indicative and non-binding and may comprise (i) Guidance made and issued by the Chief Executive under the Law; and (ii) any standard or code of practice issued by the DFSA Board of Directors which has not been incorporated into the Rules; and

(g) references to "legislation administered by the DFSA" are references to DIFC Law and Rules conferring functions and powers on the DFSA.

3. Defined Terms

In the Law, unless the context indicates otherwise, the defined terms listed below shall have the corresponding meanings:

Beneficiary: means a Person entitled to benefit under a trust.

Breach of trust: means a breach of any duty imposed on a trustee by the Law or by the terms of the trust.

Charitable trust: means a trust or portion of a trust, created for a charitable purpose described in Article 30.

Court: DIFC Court as established under Dubai Law No. 12 of 2004.

DFSAs: the Dubai Financial Services Authority.

DIFC: the Dubai International Financial Centre.

DIFC trust: means a trust whose governing law is DIFC law.

Discretionary trust: is a trust in which the settlor has delegated nearly complete or limited discretion to the trustee to decide when and how much income or Property is distributed to a beneficiary.

Enforcer: shall be construed in accordance with Article 31.

Foreign law: any law other than DIFC Law

Legislazione

Foreign trust: is a trust whose governing law is the law of a jurisdiction other than DIFC.

Governing law: means the law chosen by the settlor to be applicable to the trust; or where no law is chosen, the law most closely Connected to the trust at the time of its creation.

Law: the Trust Law 2005.

Minor: means a Person who has not attained the age of majority under the governing law of trust, or where no law has been chosen, the law of his domicile.

Person: has the meaning given in Article 1 of the Schedule.

President: the president of the DIFC appointed by a decree of the Ruler pursuant to Dubai Law No. 9 of 2004.

Property: means any movable or immovable Property, and includes Rights and Interests, whether present or future and whether vested or contingent.

Protector: shall be construed in accordance with Article 77.

Ruler: the ruler of the Emirate of Dubai.

Rules: has the meaning given in Article 2 of Schedule 1 to the Law.

Schedule: a schedule to the Law.

Settlor: means a Person who makes a trust and includes a Person who provides trust Property but does not include a Person who contributes to a unit trust.

Terms of the trust: means the written or oral terms of a trust or any other terms applicable under its governing law.

Trust: includes the trust Property and the rights, powers, duties, interests, relationships and obligations under a trust.

Trust instrument: means an Instrument by which a trust is created and includes a unilateral declaration of trust and any Instrument varying the terms of the trust.

Trust property: means the Property for the time being held on trust.

Trustee: means a Person appointed to act as a trustee of a trust in accordance with the provisions of this Law.

Unit trust: means any trust established for the purpose, or having the effect, of 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.

Trusts of Land and Appointment of Trustees Act 1996

Inghilterra e Galles

Arrangement of Sections

Part I Trusts of Land Introductory

1. Meaning of "trust of land".
Settlements and trusts for sale as trusts of land
2. Trusts in place of settlements.
3. Abolition of doctrine of conversion.
4. Express trusts for sale as trusts of land.
5. Implied trusts for sale as trusts of land.
Functions of trustees of land
6. General powers of trustees.
7. Partition by trustees.
8. Exclusion and restriction of powers.
9. Delegation by trustees.
Consents and consultation
10. Consents.
11. Consultation with beneficiaries.
Right of beneficiaries to occupy trust land
12. The right to occupy.
13. Exclusion and restriction of right to occupy.
Powers of court
14. Applications for order.
15. Matters relevant in determining applications.
Purchaser protection
16. Protection of purchasers.
Supplementary
17. Application of provisions to trusts of proceeds of sale.
18. Application of Part to personal representatives.

Part II Appointment and Retirement of Trustees

19. Appointment and retirement of trustee at instance of beneficiaries.
20. Appointment of substitute for incapable trustee.
21. Supplementary.

Part III Supplementary

22. Meaning of "beneficiary".
23. Other interpretation provisions.
24. Application to Crown.
25. Amendments, repeals etc.
26. Power to make consequential provision.
27. Short title, commencement and extent.

Schedules

- Schedule 1 - Provisions consequential on section 2.
 Schedule 2 - Amendments of statutory provisions imposing trust for sale.

- Schedule 3 - Minor and consequential amendments.
 Schedule 4 - Repeals.

An Act to make new provision about trusts of land including provision phasing out the Settled Land Act 1925, abolishing the doctrine of conversion and otherwise amending the law about trusts for sale of land; to amend the law about the appointment and retirement of trustees of any trust; and for connected purposes.
 [24th July 1996]

BE IT ENACTED by the Queen's most Excellent Majesty, by and with the advice and consent of the Lords Spiritual and Temporal, and Commons, in this present Parliament assembled, and by the authority of the same, as follows:-

Part I Trusts of Land Introductory

Meaning of "trust of land". **1.** - (1) In this Act-
 (a) "trust of land" means (subject to subsection (3)) any trust of property which consists of or includes land, and
 (b) "trustees of land" means trustees of a trust of land.
 (2) The reference in subsection (1)(a) to a trust-
 (a) is to any description of trust (whether express, implied, resulting or constructive), including a trust for sale and a bare trust, and
 (b) includes a trust created, or arising, before the commencement of this Act.
 (3) The reference to land in subsection (1)(a) does not include land which (despite section 2) is settled land or which is land to which the Universities and College Estates Act 1925 applies.

Settlements and trusts for sale as trusts of land

Trusts in place of settlements. **2.** - (1) No settlement created after the commencement of this Act is a settlement for the purposes of the Settled Land Act 1925; and no settlement shall be deemed to be made under that Act after that commencement.
 (2) Subsection (1) does not apply to a settlement created on the occasion of an alteration in any interest in, or of a person becoming entitled under, a settlement which-
 (a) is in existence at the commencement of this Act, or
 (b) derives from a settlement within paragraph (a) or this paragraph.
 (3) But a settlement created as mentioned in subsection (2) is not a settlement for the purposes of the Settled Land Act 1925 if provision to the effect that it is not is made in the instrument, or any of the instruments, by which it is created.
 (4) Where at any time after the commencement of this Act

Legislazione

there is in the case of any settlement which is a settlement for the purposes of the Settled Land Act 1925 no relevant property which is, or is deemed to be, subject to the settlement, the settlement permanently ceases at that time to be a settlement for the purposes of that Act.

In this subsection "relevant property" means land and personal chattels to which section 67(1) of the Settled Land Act 1925 (heirlooms) applies.

(5) No land held on charitable, ecclesiastical or public trusts shall be or be deemed to be settled land after the commencement of this Act, even if it was or was deemed to be settled land before that commencement.

(6) Schedule 1 has effect to make provision consequential on this section (including provision to impose a trust in circumstances in which, apart from this section, there would be a settlement for the purposes of the Settled Land Act 1925 (and there would not otherwise be a trust)).

Abolition of doctrine of conversion. **3.** - (1) Where land is held by trustees subject to a trust for sale, the land is not to be regarded as personal property; and where personal property is subject to a trust for sale in order that the trustees may acquire land, the personal property is not to be regarded as land.

(2) Subsection (1) does not apply to a trust created by a will if the testator died before the commencement of this Act.

(3) Subject to that, subsection (1) applies to a trust whether it is created, or arises, before or after that commencement.

Express trusts for sale as trusts of land. **4.** - (1) In the case of every trust for sale of land created by a disposition there is to be implied, despite any provision to the contrary made by the disposition, a power for the trustees to postpone sale of the land; and the trustees are not liable in any way for postponing sale of the land, in the exercise of their discretion, for an indefinite period.

(2) Subsection (1) applies to a trust whether it is created, or arises, before or after the commencement of this Act.

(3) Subsection (1) does not affect any liability incurred by trustees before that commencement.

Implied trusts for sale as trusts of land. **5.** - (1) Schedule 2 has effect in relation to statutory provisions which impose a trust for sale of land in certain circumstances so that in those circumstances there is instead a trust of the land (without a duty to sell).

(2) Section 1 of the Settled Land Act 1925 does not apply to land held on any trust arising by virtue of that Schedule (so that any such land is subject to a trust of land).

Functions of trustees of land

General powers of trustees. **6.** - (1) For the purpose of exercising their functions as trustees, the trustees of land have in relation to the land subject to the trust all the powers of an absolute owner.

(2) Where in the case of any land subject to a trust of land each of the beneficiaries interested in the land is a person of full age and capacity who is absolutely entitled to the land, the powers conferred on the trustees by subsection (1) include the power to convey the land to the beneficiaries even though they

have not required the trustees to do so; and where land is conveyed by virtue of this subsection-

(a) the beneficiaries shall do whatever is necessary to secure that it vests in them, and

(b) if they fail to do so, the court may make an order requiring them to do so.

(3) The trustees of land have power to purchase a legal estate in any land in England or Wales.

(4) The power conferred by subsection (3) may be exercised by trustees to purchase land-

(a) by way of investment,

(b) for occupation by any beneficiary, or

(c) for any other reason.

(5) In exercising the powers conferred by this section trustees shall have regard to the rights of the beneficiaries.

(6) The powers conferred by this section shall not be exercised in contravention of, or of any order made in pursuance of, any other enactment or any rule of law or equity.

(7) The reference in subsection (6) to an order includes an order of any court or of the Charity Commissioners.

(8) Where any enactment other than this section confers on trustees authority to act subject to any restriction, limitation or condition, trustees of land may not exercise the powers conferred by this section to do any act which they are prevented from doing under the other enactment by reason of the restriction, limitation or condition.

Partition by trustees. **7.** - (1) The trustees of land may, where beneficiaries of full age are absolutely entitled in undivided shares to land subject to the trust, partition the land, or any part of it, and provide (by way of mortgage or otherwise) for the payment of any equality money.

(2) The trustees shall give effect to any such partition by conveying the partitioned land in severalty (whether or not subject to any legal mortgage created for raising equality money), either absolutely or in trust, in accordance with the rights of those beneficiaries.

(3) Before exercising their powers under subsection (2) the trustees shall obtain the consent of each of those beneficiaries.

(4) Where a share in the land is affected by an incumbrance, the trustees may either give effect to it or provide for its discharge from the property allotted to that share as they think fit.

(5) If a share in the land is absolutely vested in a minor, subsections (1) to (4) apply as if he were of full age, except that the trustees may act on his behalf and retain land or other property representing his share in trust for him.

Exclusion and restriction of powers. **8.** - (1) Sections 6 and 7 do not apply in the case of a trust of land created by a disposition in so far as provision to the effect that they do not apply is made by the disposition.

(2) If the disposition creating such a trust makes provision requiring any consent to be obtained to the exercise of any power conferred by section 6 or 7, the power may not be exercised without that consent.

(3) Subsection (1) does not apply in the case of charitable, ecclesiastical or public trusts.

(4) Subsections (1) and (2) have effect subject to any enact-

ment which prohibits or restricts the effect of provision of the description mentioned in them.

Delegation by trustees. **9.** - (1) The trustees of land may, by power of attorney, delegate to any beneficiary or beneficiaries of full age and beneficially entitled to an interest in possession in land subject to the trust any of their functions as trustees which relate to the land.

(2) Where trustees purport to delegate to a person by a power of attorney under subsection (1) functions relating to any land and another person in good faith deals with him in relation to the land, he shall be presumed in favour of that other person to have been a person to whom the functions could be delegated unless that other person has knowledge at the time of the transaction that he was not such a person.

And it shall be conclusively presumed in favour of any purchaser whose interest depends on the validity of that transaction that that other person dealt in good faith and did not have such knowledge if that other person makes a statutory declaration to that effect before or within three months after the completion of the purchase.

(3) A power of attorney under subsection (1) shall be given by all the trustees jointly and (unless expressed to be irrevocable and to be given by way of security) may be revoked by any one or more of them; and such a power is revoked by the appointment as a trustee of a person other than those by whom it is given (though not by any of those persons dying or otherwise ceasing to be a trustee).

(4) Where a beneficiary to whom functions are delegated by a power of attorney under subsection (1) ceases to be a person beneficially entitled to an interest in possession in land subject to the trust-

(a) if the functions are delegated to him alone, the power is revoked,

(b) if the functions are delegated to him and to other beneficiaries to be exercised by them jointly (but not separately), the power is revoked if each of the other beneficiaries ceases to be so entitled (but otherwise functions exercisable in accordance with the power are so exercisable by the remaining beneficiary or beneficiaries), and

(c) if the functions are delegated to him and to other beneficiaries to be exercised by them separately (or either separately or jointly), the power is revoked in so far as it relates to him.

(5) A delegation under subsection (1) may be for any period or indefinite.

(6) A power of attorney under subsection (1) cannot be an enduring power within the meaning of the Enduring Powers of Attorney Act 1985.

(7) Beneficiaries to whom functions have been delegated under subsection (1) are, in relation to the exercise of the functions, in the same position as trustees (with the same duties and liabilities); but such beneficiaries shall not be regarded as trustees for any other purposes (including, in particular, the purposes of any enactment permitting the delegation of functions by trustees or imposing requirements relating to the payment of capital money).

(8) Where any function has been delegated to a beneficiary or beneficiaries under subsection (1), the trustees are jointly and severally liable for any act or default of the beneficiary, or any of

the beneficiaries, in the exercise of the function if, and only if, the trustees did not exercise reasonable care in deciding to delegate the function to the beneficiary or beneficiaries.

(9) Neither this section nor the repeal by this Act of section 29 of the Law of Property Act 1925 (which is superseded by this section) affects the operation after the commencement of this Act of any delegation effected before that commencement.

Consents and consultation

Consents. **10.** - (1) If a disposition creating a trust of land requires the consent of more than two persons to the exercise by the trustees of any function relating to the land, the consent of any two of them to the exercise of the function is sufficient in favour of a purchaser.

(2) Subsection (1) does not apply to the exercise of a function by trustees of land held on charitable, ecclesiastical or public trusts.

(3) Where at any time a person whose consent is expressed by a disposition creating a trust of land to be required to the exercise by the trustees of any function relating to the land is not of full age-

(a) his consent is not, in favour of a purchaser, required to the exercise of the function, but

(b) the trustees shall obtain the consent of a parent who has parental responsibility for him (within the meaning of the Children Act 1989) or of a guardian of his.

Consultation with beneficiaries. **11.** - (1) The trustees of land shall in the exercise of any function relating to land subject to the trust-

(a) so far as practicable, consult the beneficiaries of full age and beneficially entitled to an interest in possession in the land, and

(b) so far as consistent with the general interest of the trust, give effect to the wishes of those beneficiaries, or (in case of dispute) of the majority (according to the value of their combined interests).

(2) Subsection (1) does not apply-

(a) in relation to a trust created by a disposition in so far as provision that it does not apply is made by the disposition,

(b) in relation to a trust created or arising under a will made before the commencement of this Act, or

(c) in relation to the exercise of the power mentioned in section 6(2).

(3) Subsection (1) does not apply to a trust created before the commencement of this Act by a disposition, or a trust created after that commencement by reference to such a trust, unless provision to the effect that it is to apply is made by a deed executed-

(a) in a case in which the trust was created by one person and he is of full capacity, by that person, or

(b) in a case in which the trust was created by more than one person, by such of the persons who created the trust as are alive and of full capacity.

(4) A deed executed for the purposes of subsection (3) is irrevocable.

Right of beneficiaries to occupy trust land

The right to occupy. **12.** - (1) A beneficiary who is beneficially entitled to an interest in possession in land subject to a tru-

Legislazione

st of land is entitled by reason of his interest to occupy the land at any time if at that time-

(a) the purposes of the trust include making the land available for his occupation (or for the occupation of beneficiaries of a class of which he is a member or of beneficiaries in general), or

(b) the land is held by the trustees so as to be so available.

(2) Subsection (1) does not confer on a beneficiary a right to occupy land if it is either unavailable or unsuitable for occupation by him.

(3) This section is subject to section 13.

Exclusion and restriction of right to occupy. **13.** - (1) Where two or more beneficiaries are (or apart from this subsection would be) entitled under section 12 to occupy land, the trustees of land may exclude or restrict the entitlement of any one or more (but not all) of them.

(2) Trustees may not under subsection (1)-

(a) unreasonably exclude any beneficiary's entitlement to occupy land, or

(b) restrict any such entitlement to an unreasonable extent.

(3) The trustees of land may from time to time impose reasonable conditions on any beneficiary in relation to his occupation of land by reason of his entitlement under section 12.

(4) The matters to which trustees are to have regard in exercising the powers conferred by this section include-

(a) the intentions of the person or persons (if any) who created the trust,

(b) the purposes for which the land is held, and

(c) the circumstances and wishes of each of the beneficiaries who is (or apart from any previous exercise by the trustees of those powers would be) entitled to occupy the land under section 12.

(5) The conditions which may be imposed on a beneficiary under subsection (3) include, in particular, conditions requiring him-

(a) to pay any outgoings or expenses in respect of the land, or

(b) to assume any other obligation in relation to the land or to any activity which is or is proposed to be conducted there.

(6) Where the entitlement of any beneficiary to occupy land under section 12 has been excluded or restricted, the conditions which may be imposed on any other beneficiary under subsection (3) include, in particular, conditions requiring him to-

(a) make payments by way of compensation to the beneficiary whose entitlement has been excluded or restricted, or

(b) forgo any payment or other benefit to which he would otherwise be entitled under the trust so as to benefit that beneficiary.

(7) The powers conferred on trustees by this section may not be exercised-

(a) so as prevent any person who is in occupation of land (whether or not by reason of an entitlement under section 12) from continuing to occupy the land, or

(b) in a manner likely to result in any such person ceasing to occupy the land, unless he consents or the court has given approval.

(8) The matters to which the court is to have regard in determining whether to give approval under subsection (7) include the matters mentioned in subsection (4)(a) to (c).

Powers of court

Applications for order. **14.** - (1) Any person who is a trustee of land or has an interest in property subject to a trust of land may make an application to the court for an order under this section.

(2) On an application for an order under this section the court may make any such order-

(a) relating to the exercise by the trustees of any of their functions (including an order relieving them of any obligation to obtain the consent of, or to consult, any person in connection with the exercise of any of their functions), or

(b) declaring the nature or extent of a person's interest in property subject to the trust, as the court thinks fit.

(3) The court may not under this section make any order as to the appointment or removal of trustees.

(4) The powers conferred on the court by this section are exercisable on an application whether it is made before or after the commencement of this Act.

Matters relevant in determining applications. **15.** - (1) The matters to which the court is to have regard in determining an application for an order under section 14 include-

(a) the intentions of the person or persons (if any) who created the trust,

(b) the purposes for which the property subject to the trust is held,

(c) the welfare of any minor who occupies or might reasonably be expected to occupy any land subject to the trust as his home, and

(d) the interests of any secured creditor of any beneficiary.

(2) In the case of an application relating to the exercise in relation to any land of the powers conferred on the trustees by section 13, the matters to which the court is to have regard also include the circumstances and wishes of each of the beneficiaries who is (or apart from any previous exercise by the trustees of those powers would be) entitled to occupy the land under section 12.

(3) In the case of any other application, other than one relating to the exercise of the power mentioned in section 6(2), the matters to which the court is to have regard also include the circumstances and wishes of any beneficiaries of full age and entitled to an interest in possession in property subject to the trust or (in case of dispute) of the majority (according to the value of their combined interests).

(4) This section does not apply to an application if section 335A of the Insolvency Act 1986 (which is inserted by Schedule 3 and relates to applications by a trustee of a bankrupt) applies to it.

Purchaser protection

Protection of purchasers. **16.** - (1) A purchaser of land which is or has been subject to a trust need not be concerned to see that any requirement imposed on the trustees by section 6(5), 7(3) or 11(1) has been complied with.

(2) Where-

(a) trustees of land who convey land which (immediately before it is conveyed) is subject to the trust contravene section 6(6) or (8), but

(b) the purchaser of the land from the trustees has no actual

notice of the contravention, the contravention does not invalidate the conveyance.

(3) Where the powers of trustees of land are limited by virtue of section 8-

(a) the trustees shall take all reasonable steps to bring the limitation to the notice of any purchaser of the land from them, but

(b) the limitation does not invalidate any conveyance by the trustees to a purchaser who has no actual notice of the limitation.

(4) Where trustees of land convey land which (immediately before it is conveyed) is subject to the trust to persons believed by them to be beneficiaries absolutely entitled to the land under the trust and of full age and capacity-

(a) the trustees shall execute a deed declaring that they are discharged from the trust in relation to that land, and

(b) if they fail to do so, the court may make an order requiring them to do so.

(5) A purchaser of land to which a deed under subsection (4) relates is entitled to assume that, as from the date of the deed, the land is not subject to the trust unless he has actual notice that the trustees were mistaken in their belief that the land was conveyed to beneficiaries absolutely entitled to the land under the trust and of full age and capacity.

(6) Subsections (2) and (3) do not apply to land held on charitable, ecclesiastical or public trusts.

(7) This section does not apply to registered land.

Supplementary

Application of provisions to trusts of proceeds of sale. 17. - (1) Section 6(3) applies in relation to trustees of a trust of proceeds of sale of land as in relation to trustees of land.

(2) Section 14 applies in relation to a trust of proceeds of sale of land and trustees of such a trust as in relation to a trust of land and trustees of land.

(3) In this section "trust of proceeds of sale of land" means (subject to subsection (5)) any trust of property (other than a trust of land) which consists of or includes-

(a) any proceeds of a disposition of land held in trust (including settled land), or

(b) any property representing any such proceeds.

(4) The references in subsection (3) to a trust-

(a) are to any description of trust (whether express, implied, resulting or constructive), including a trust for sale and a bare trust, and

(b) include a trust created, or arising, before the commencement of this Act.

(5) A trust which (despite section 2) is a settlement for the purposes of the Settled Land Act 1925 cannot be a trust of proceeds of sale of land.

(6) In subsection (3)-

(a) "disposition" includes any disposition made, or coming into operation, before the commencement of this Act, and

(b) the reference to settled land includes personal chattels to which section 67(1) of the Settled Land Act 1925 (heirlooms) applies.

Application of Part to personal representatives. 18. - (1) The provisions of this Part relating to trustees, other than sections 10, 11 and 14, apply to personal representatives, but with

appropriate modifications and without prejudice to the functions of personal representatives for the purposes of administration.

(2) The appropriate modifications include-

(a) the substitution of references to persons interested in the due administration of the estate for references to beneficiaries, and

(b) the substitution of references to the will for references to the disposition creating the trust.

(3) Section 3(1) does not apply to personal representatives if the death occurs before the commencement of this Act.

Part II

Appointment and Retirement of Trustees

Appointment and retirement of trustee at instance of beneficiaries. 19. - (1) This section applies in the case of a trust where-

(a) there is no person nominated for the purpose of appointing new trustees by the instrument, if any, creating the trust, and

(b) the beneficiaries under the trust are of full age and capacity and (taken together) are absolutely entitled to the property subject to the trust.

(2) The beneficiaries may give a direction or directions of either or both of the following descriptions-

(a) a written direction to a trustee or trustees to retire from the trust, and

(b) a written direction to the trustees or trustee for the time being (or, if there are none, to the personal representative of the last person who was a trustee) to appoint by writing to be a trustee or trustees the person or persons specified in the direction.

(3) Where-

(a) a trustee has been given a direction under subsection (2)(a),

(b) reasonable arrangements have been made for the protection of any rights of his in connection with the trust,

(c) after he has retired there will be either a trust corporation or at least two persons to act as trustees to perform the trust, and

(d) either another person is to be appointed to be a new trustee on his retirement (whether in compliance with a direction under subsection (2)(b) or otherwise) or the continuing trustees by deed consent to his retirement, he shall make a deed declaring his retirement and shall be deemed to have retired and be discharged from the trust.

(4) Where a trustee retires under subsection (3) he and the continuing trustees (together with any new trustee) shall (subject to any arrangements for the protection of his rights) do anything necessary to vest the trust property in the continuing trustees (or the continuing and new trustees).

(5) This section has effect subject to the restrictions imposed by the Trustee Act 1925 on the number of trustees.

Appointment of substitute for incapable trustee. 20. - (1) This section applies where-

(a) a trustee is incapable by reason of mental disorder of exercising his functions as trustee,

(b) there is no person who is both entitled and willing and able to appoint a trustee in place of him under section 36(1) of the Trustee Act 1925, and

(c) the beneficiaries under the trust are of full age and capa-

Legislazione

city and (taken together) are absolutely entitled to the property subject to the trust.

(2) The beneficiaries may give to-

(a) a receiver of the trustee,

(b) an attorney acting for him under the authority of a power of attorney created by an instrument which is registered under section 6 of the Enduring Powers of Attorney Act 1985, or

(c) a person authorised for the purpose by the authority having jurisdiction under Part VII of the Mental Health Act 1983, a written direction to appoint by writing the person or persons specified in the direction to be a trustee or trustees in place of the incapable trustee.

Supplementary. 21. - (1) For the purposes of section 19 or 20 a direction is given by beneficiaries if-

(a) a single direction is jointly given by all of them, or

(b) (subject to subsection (2)) a direction is given by each of them (whether solely or jointly with one or more, but not all, of the others), and none of them by writing withdraws the direction given by him before it has been complied with.

(2) Where more than one direction is given each must specify for appointment or retirement the same person or persons.

(3) Subsection (7) of section 36 of the Trustee Act 1925 (powers of trustees appointed under that section) applies to a trustee appointed under section 19 or 20 as if he were appointed under that section.

(4) A direction under section 19 or 20 must not specify a person or persons for appointment if the appointment of that person or those persons would be in contravention of section 35(1) of the Trustee Act 1925 or section 24(1) of the Law of Property Act 1925 (requirements as to identity of trustees).

(5) Sections 19 and 20 do not apply in relation to a trust created by a disposition in so far as provision that they do not apply is made by the disposition.

(6) Sections 19 and 20 do not apply in relation to a trust created before the commencement of this Act by a disposition in so far as provision to the effect that they do not apply is made by a deed executed-

(a) in a case in which the trust was created by one person and he is of full capacity, by that person, or

(b) in a case in which the trust was created by more than one person, by such of the persons who created the trust as are alive and of full capacity.

(7) A deed executed for the purposes of subsection (6) is irrevocable.

(8) Where a deed is executed for the purposes of subsection (6)-

(a) it does not affect anything done before its execution to comply with a direction under section 19 or 20, but

(b) a direction under section 19 or 20 which has been given but not complied with before its execution shall cease to have effect.

Part III

Supplementary

Meaning of "beneficiary". 22. - (1) In this Act "beneficiary", in relation to a trust, means any person who under the trust has an interest in property subject to the trust (including a person

who has such an interest as a trustee or a personal representative).

(2) In this Act references to a beneficiary who is beneficially entitled do not include a beneficiary who has an interest in property subject to the trust only by reason of being a trustee or personal representative.

(3) For the purposes of this Act a person who is a beneficiary only by reason of being an annuitant is not to be regarded as entitled to an interest in possession in land subject to the trust.

Other interpretation provisions. 23. - (1) In this Act "purchaser" has the same meaning as in Part I of the Law of Property Act 1925.

(2) Subject to that, where an expression used in this Act is given a meaning by the Law of Property Act 1925 it has the same meaning as in that Act unless the context otherwise requires.

(3) In this Act "the court" means-

(a) the High Court, or

(b) a county court.

Application to Crown. 24. - (1) Subject to subsection (2), this Act binds the Crown.

(2) This Act (except so far as it relates to undivided shares and joint ownership) does not affect or alter the descent, devolution or nature of the estates and interests of or in-

(a) land for the time being vested in Her Majesty in right of the Crown or of the Duchy of Lancaster, or

(b) land for the time being belonging to the Duchy of Cornwall and held in right or respect of the Duchy.

Amendments, repeals etc. 25. - (1) The enactments mentioned in Schedule 3 have effect subject to the amendments specified in that Schedule (which are minor or consequential on other provisions of this Act).

(2) The enactments mentioned in Schedule 4 are repealed to the extent specified in the third column of that Schedule.

(3) Neither section 2(5) nor the repeal by this Act of section 29 of the Settled Land Act 1925 applies in relation to the deed of settlement set out in the Schedule to the Chequers Estate Act 1917 or the trust instrument set out in the Schedule to the Chevening Estate Act 1959.

(4) The amendments and repeals made by this Act do not affect any entailed interest created before the commencement of this Act.

(5) The amendments and repeals made by this Act in consequence of section 3-

(a) do not affect a trust created by a will if the testator died before the commencement of this Act, and

(b) do not affect personal representatives of a person who died before that commencement;

and the repeal of section 22 of the Partnership Act 1890 does not apply in any circumstances involving the personal representatives of a partner who died before that commencement.

Power to make consequential provision. 26. - (1) The Lord Chancellor may by order made by statutory instrument make any such supplementary, transitional or incidental provision as appears to him to be appropriate for any of the purposes of this Act or in consequence of any of the provisions of this Act.

(2) An order under subsection (1) may, in particular, include provision modifying any enactment contained in a public general or local Act which is passed before, or in the same Session as, this Act.

(3) A statutory instrument made in the exercise of the power conferred by this section is subject to annulment in pursuance of a resolution of either House of Parliament.

Short title, commencement and extent. **27.** - (1) This Act may be cited as the Trusts of Land and Appointment of Trustees Act 1996.

(2) This Act comes into force on such day as the Lord Chancellor appoints by order made by statutory instrument.

(3) Subject to subsection (4), the provisions of this Act extend only to England and Wales.

(4) The repeal in section 30(2) of the Agriculture Act 1970 extends only to Northern Ireland.

Schedule 1

Provisions Consequential on Section 2

Minors

1. - (1) Where after the commencement of this Act a person purports to convey a legal estate in land to a minor, or two or more minors, alone, the conveyance-

(a) is not effective to pass the legal estate, but

(b) operates as a declaration that the land is held in trust for the minor or minors (or if he purports to convey it to the minor or minors in trust for any persons, for those persons).

(2) Where after the commencement of this Act a person purports to convey a legal estate in land to-

(a) a minor or two or more minors, and

(b) another person who is, or other persons who are, of full age, the conveyance operates to vest the land in the other person or persons in trust for the minor or minors and the other person or persons (or if he purports to convey it to them in trust for any persons, for those persons).

(3) Where immediately before the commencement of this Act a conveyance is operating (by virtue of section 27 of the Settled Land Act 1925) as an agreement to execute a settlement in favour of a minor or minors-

(a) the agreement ceases to have effect on the commencement of this Act, and

(b) the conveyance subsequently operates instead as a declaration that the land is held in trust for the minor or minors.

2. Where after the commencement of this Act a legal estate in land would, by reason of intestacy or in any other circumstances not dealt with in paragraph 1, vest in a person who is a minor if he were a person of full age, the land is held in trust for the minor.

Family charges

3. Where, by virtue of an instrument coming into operation after the commencement of this Act, land becomes charged voluntarily (or in consideration of marriage) or by way of family arrangement, whether immediately or after an interval, with the payment of-

(a) a rentcharge for the life of a person or a shorter period, or

(b) capital, annual or periodical sums for the benefit of a person, the instrument operates as a declaration that the land is held in trust for giving effect to the charge.

Charitable, ecclesiastical and public trusts

4. - (1) This paragraph applies in the case of land held on charitable, ecclesiastical or public trusts (other than land to which the Universities and College Estates Act 1925 applies).

(2) Where there is a conveyance of such land-

(a) if neither section 37(1) nor section 39(1) of the Charities Act 1993 applies to the conveyance, it shall state that the land is held on such trusts, and

(b) if neither section 37(2) nor section 39(2) of that Act has been complied with in relation to the conveyance and a purchaser has notice that the land is held on such trusts, he must see that any consents or orders necessary to authorise the transaction have been obtained.

(3) Where any trustees or the majority of any set of trustees have power to transfer or create any legal estate in the land, the estate shall be transferred or created by them in the names and on behalf of the persons in whom it is vested.

Entailed interests

5. - (1) Where a person purports by an instrument coming into operation after the commencement of this Act to grant to another person an entailed interest in real or personal property, the instrument-

(a) is not effective to grant an entailed interest, but

(b) operates instead as a declaration that the property is held in trust absolutely for the person to whom an entailed interest in the property was purportedly granted.

(2) Where a person purports by an instrument coming into operation after the commencement of this Act to declare himself a tenant in tail of real or personal property, the instrument is not effective to create an entailed interest.

Property held on settlement ceasing to exist

6. Where a settlement ceases to be a settlement for the purposes of the Settled Land Act 1925 because no relevant property (within the meaning of section 2(4)) is, or is deemed to be, subject to the settlement, any property which is or later becomes subject to the settlement is held in trust for the persons interested under the settlement.

(omissis)

Prassi negoziale

Imposta di registro e trasferimento a trustee di somme per l'acquisto di un immobile

Agenzia delle Entrate
Direzione Regionale dell'Emilia Romana
Fiscalità Generale

Bologna, 21 febbraio 2005

Ghieffo Giuseppe
Via Ugo Bassi, 7
40121 Bologna (BO)

Prot. n. 909-9106/2005

Oggetto: Interpello 909-441/2004, art. 11, legge 27 luglio 2000, n. 212. Sofit Società Fiduciaria e di Revisione s.r.l. [...]. Istanza presentata il 25/10/2004 n. prot. 909-60473/2004

Quesito

La società fiduciaria Sofir s.r.l., con sede in Bologna, nella persona del suo legale rappresentante, rag. Giuseppe Chieffo, intende svolgere la seguente attività.

Una società, tramite un portale Internet, segnala al mercato immobili oggetto di procedure esecutive immobiliari. Un soggetto interessato all'acquisto di uno degli immobili segnalati conferisce mandato fiduciario alla società istante, finalizzato all'acquisto di tutti i crediti inseriti nella procedura esecutiva, allo scopo di poter presentare offerta di acquisto per l'immobile segnalato ai sensi degli artt. 571 c.p.c. e ss. Il soggetto interessato trasferisce alla società fiduciaria la somma che ritiene utilizzabile per effettuare l'acquisto, eventualmente acquisita attraverso l'accensione di un mutuo garantito con il suo patrimonio personale ai sensi dell'art. 2740 c.c.

Per superare le problematiche che intervengono in simili operazioni, la società istante ipotizza la possibilità di ricorrere all'istituto del trust.

Il soggetto interessato, in qualità di disponente, istituisce il trust nominando trustee la società fiduciaria e trasferendo in proprietà al trustee la somma

necessaria, o comunque quella di cui dispone, per l'acquisto dei crediti di cui alla procedura esecutiva. Il trustee, qualora i beni in trust non siano sufficienti, potrà contrarre con una banca un mutuo di scopo, laddove lo scopo è rappresentato dall'acquisto dell'immobile.

Al termine del trust, i beni in esso costituiti e dallo stesso acquisiti verranno trasferiti al disponente o, in caso di morte, ai suoi eredi.

La società istante chiede chiarimenti in merito al trattamento tributario applicabile, ai fini delle imposte indirette, all'atto istitutivo del trust, all'atto di aggiudicazione dell'immobile in capo al trustee, all'atto di trasferimento dello stesso immobile al destinatario finale (disponente) al termine del trust.

Soluzione interpretativa prospettata dal contribuente

La società istante, nel premettere che la finalità del trust è rappresentata dall'acquisto dell'immobile dalla procedura esecutiva, evidenzia come il ricorso a tale istituto comporti una più agevole e snella gestione dell'operazione, in termini di operatività, rispetto ad altri istituti civilistici, quali ad esempio la destinazione di un patrimonio ad un singolo affare introdotto in seguito alla riforma del diritto societario. Inoltre l'effetto segregativo tipico del trust rappresenta per la banca mutuante la migliore garanzia, non solo di fattivo perseguimento dello scopo, ma anche di recupero della somma erogata, laddove l'operazione si renda inattuabile. Inoltre, l'immobile acquistato rimarrebbe in trust a garanzia della banca che potrebbe, se del caso, accendere ipoteca sullo stesso, fino alla restituzione in toto della somma mutuata. A parere della società istante l'atto istitutivo di trust, con il quale vengono costituite in trust solo somme di denaro, dovrebbe scontare l'imposta fissa di registro di cui all'art. 11 Tariffa DPR 131/86; l'at-

Nota:

Gli interpelli sono commentati da G. Semino, *supra*, 191.

to di aggiudicazione dell'immobile in capo al trustee dovrebbe essere soggetto all'imposta di registro ad aliquota ordinaria o ad IVA, a seconda che il bene esecutato provenga da un privato o da una impresa; l'atto di trasferimento al destinatario finale, in quanto atto a titolo gratuito che deriva dall'adempimento della obbligazione originaria del trust (assimilabile ad un mandato senza rappresentanza), dovrebbe scontare l'imposta di registro in misura fissa ai sensi dell'art. 11 Tariffa DPR n. 131/86.

Parere dell'Agenzia delle Entrate

La presente istanza non può formare oggetto di interpello ai sensi dell'art. 11 della legge 212/2000 per la mancanza dei requisiti previsti espressamente dal D.M. n. 209/2001. L'art. 1, comma 1, del richiamato decreto dispone infatti che "ciascun contribuente, qualora ricorrano obiettive condizioni di incertezza sulla interpretazione di una disposizione normativa di natura tributaria, può inoltrare all'amministrazione finanziaria istanza di interpello riguardante la disposizione stessa a casi concreti e personali".

Nel caso di specie, l'interpello è finalizzato a conoscere il trattamento tributario di una fattispecie generica ed eventuale in relazione alla quale legittimato a proporre l'interpello è l'eventuale disponente, quale soggetto che pone in essere il negozio istitutivo.

L'impossibilità di riferire l'interpello ad un caso concreto e personale comporta l'inammissibilità dell'istanza che, conseguentemente, non può produrre gli effetti previsti dall'art. 5 del D.M. n. 209/2001 (cfr. circolare n. 50/2001, paragrafi 2 e 21). La richiesta di parere verrà quindi trattata nell'ambito della consulenza giuridica disciplinata dalla circolare n. 99/2000.

È noto che l'istituto del trust ha acquisito diritto di cittadinanza grazie alla Convenzione sulla legge applicabile ai trusts e sul loro riconoscimento adottata all'Aja il 1° luglio 1985, ratificata dall'Italia con la legge n. 364/1989.

È noto, altresì, che la ratifica della Convenzione ha comportato la possibilità, per il nostro ordinamento, di riconoscere gli effetti giuridici del trust, non anche il suo recepimento. In altri termini il nostro ordinamento riconosce validità ai trusts compatibilmente con le peculiarità del nostro sistema giuridico. In tal senso, proprio in base alla Convenzione, possono essere riconosciuti, in Italia, benché disciplinati da nor-

native straniere, solo trusts di diritto interno, cioè quei trusts i cui elementi costitutivi siano tutti individuati nel territorio dello Stato e che non siano contrastanti con norme imperative o di ordine pubblico.

Dal punto di vista fiscale, l'assenza di una disciplina civilistica e tributaria dell'istituto rende opportuna una soluzione che, lungi dall'essere unitaria, deve essere individuata di volta in volta sulla base di una attenta analisi del caso concreto e ricercata nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento tributario.

A tal fine, tenendo presente le peculiarità dell'istituto (prima fra tutte l'effetto segregativo sui beni in trust), e segnatamente per quel che attiene l'ambito di applicazione dell'imposta di registro, è necessario prendere in considerazione le finalità stesse del trust che si vuole istituire. In altre parole è importante che la qualificazione tributaria dei negozi dispositivi connesso all'istituzione del trust sia compiuta tenendo presente il programma contenuto nell'atto istitutivo e cioè il fine che il disponente intende realizzare, l'interesse che egli persegue, gli effetti giuridici che intende produrre.

Il trust che la società istante ipotizza, nello schema di atto istitutivo allegato appartiene, secondo la dottrina dominante, alla tipologia dei "trust di scopo" ovvero trust istituiti per un interesse specifico.

Nella specie, la disponente X istituisce il "Trust Y" (regolato dalla legge di Jersey):

1) per acquistare tutti i crediti inseriti nella procedura esecutiva immobiliare XXXX al fine di poter presentare l'offerta di acquisto e ottenere il trasferimento del bene mediante la procedura della vendita senza incanto;

2) per stipulare un mutuo di scopo per la parte di somme che eventualmente occorressero al trustee per l'acquisto dei crediti;

3) per garantire la banca erogante il mutuo di scopo che le somme saranno impiegare per lo scopo cui sono state destinate;

4) per garantire l'istituto erogante il mutuo di scopo che il bene acquistato verrà trasferito solo dopo l'estinzione del mutuo stesso.

Dall'atto istitutivo emerge altresì:

a) I beni in trust (denaro liquido trasferito contestualmente o anche successivamente) sono trasferiti in piena ed esclusiva proprietà al trustee perché se ne avvalga e ne disponga esclusivamente secondo le modalità e gli scopi del trust con obbligo di rendiconto;

Prassi negoziale

b) I beni in trust sono a tutti gli effetti segregati o separati dal patrimonio sociale/personale del trustee; non sono in alcun caso aggredibili dai creditori sociali o personali del trustee né dai creditori personali della disponente;

c) Il trust ha la durata di 10 anni;

d) Per l'applicazione della legge italiana il trustee è considerato quale proprietario dei beni in trust ma l'esercizio di tale diritto è limitato ed esclusivamente finalizzato a soddisfare e perseguire lo scopo del trust;

e) Beneficiario finale dei beni in trust è la disponente o i suoi eredi legittimi.

Da quanto si qui esposto è indubbio che il trust di cui allo schema di atto istitutivo allegato, appartiene a quella tipologia di trust in cui lo scopo è legato essenzialmente al perseguimento di un interesse economico del disponente con la conseguenza che gli eventuali atti di disposizione necessari per la dotazione del trust e quelli inerenti le obbligazioni che l'atto istitutivo impone al trustee nominato non possono prescindere da tale configurazione.

Seguendo l'impostazione delineata non può sfuggire che l'atto istitutivo, con riguardo ai rapporti tra disponente e trustee, si attegga come un mandato senza rappresentanza, figura disciplinata dall'art. 1705 c.c., in cui il mandatario/trustee agisce in nome proprio; acquista i diritti e assume gli obblighi derivanti dagli atti compiuti con i terzi (nel caso di specie, ad esempio, deve estinguere il mutuo di scopo eventualmente stipulato); se acquista beni immobili è obbligato a ritrasferirli al mandante/disponente.

Conseguentemente, si ritiene che il trattamento applicabile, ai fini delle imposte indirette, all'atto istitutivo del trust e agli atti di disposizione che da esso derivano sia il seguente.

- Atto istitutivo

Tale atto, pur non essendo meramente programmatico in quanto contiene la disposizione di trasferimento in proprietà al trustee delle somme di denaro, non ha alcun contenuto patrimoniale in quanto il denaro trasferito deve essere impiegato dal trustee per acquistare l'immobile dalla procedura. Pertanto, se redatto per atto pubblico o scrittura privata autenticata, sarà assoggettato ad imposta fissa di registro ai sensi dell'art. 11, Tariffa allegata al DPR 131/86.

- Atto di aggiudicazione dell'immobile dalla procedura esecutiva

Si tratta di una cessione a titolo oneroso cui consegue il trasferimento della proprietà dell'immobile in capo al trustee del trust, sia pure con il vincolo di

destinazione derivante dall'atto istitutivo. L'atto scontrerà l'aliquota proporzionale propria degli atti di trasferimento a titolo oneroso, ai sensi dell'art. 1, Tariffa allegata al DPR 131/86, salvo che non si renda applicabile l'Iva nell'ipotesi in cui la cessione dell'immobile sia effettuata da soggetto imprenditore. In tal caso l'imposta di registro è applicabile in misura fissa.

- Atto di trasferimento dell'immobile dal trustee alla disponente

L'atto con cui il trustee, alla fine del trust, trasferisce l'immobile alla disponente/beneficiaria in esecuzione del negozio istitutivo, pur non potendosi configurare come atto di liberalità, realizza, tuttavia, il passaggio del bene dalla sfera personale del trustee alla sfera personale della disponente, con ciò producendo l'effetto di una attribuzione di natura patrimoniale. L'atto sarà, pertanto, inquadrabile tra quelli previsti dall'art. 9, Tariffa, DPR 131/86.

In proposito, il richiamo che l'istante fa alla soluzione già prospettata da questa Direzione in materia di trasferimento di un immobile dalla società fiduciaria al fiduciante non è condivisibile in quanto in quella fattispecie la proprietà sostanziale dell'immobile residua in capo al fiduciante il quale conserva la titolarità del reddito fondiario.

Il Direttore Regionale
(Villiam Rossi)

Agenzia delle entrate
Direzione regionale dell'Emilia Romagna
Fiscalità Generale

Bologna, 2 novembre 2005

Chieffo Giuseppe
Via Ugo Bassi, 7
40121 Bologna (BO)

Prot. n. 909-49466/2005

Oggetto: Interpello 909-401/2005 – Art. 11, legge 27 luglio 2000, n. 212. Revoca della risposta fornita all'interpello n. 909-441/2004 del 21/02/2005 notificato il 21/02/2005 presentato da Sofir Società Fiduciaria e di Revisione s.r.l. [...] Istanza presentata il 25/10/2004

In riferimento all'istanza di interpello di cui all'oggetto, concernente l'interpretazione del DPR n. 131 del 1986, la scrivente ha fornito il proprio parere con l'interpello n. 909-441/2004 del 21/02/2005, che deve intendersi revocato.

Nella specie il contribuente ha posto il seguente

Quesito

La società fiduciaria Sofir s.r.l., con sede in Bologna, nella persona del suo legale rappresentante, rag. Giuseppe Chieffo, intende svolgere la seguente attività.

Una società, tramite un portale Internet, segnala al mercato immobili oggetto di procedure esecutive immobiliari. Un soggetto interessato all'acquisto di uno degli immobili segnalati conferisce mandato fiduciario alla società istante, finalizzato all'acquisto di tutti i crediti inseriti nella procedura esecutiva, allo scopo di poter presentare offerta di acquisto per l'immobile segnalato ai sensi degli artt. 571 c.p.c. e ss. Il soggetto interessato trasferisce alla società fiduciaria la somma che ritiene utilizzabile per effettuare l'acquisto, eventualmente acquisita attraverso l'accensione di un mutuo garantito con il suo patrimonio personale ai sensi dell'art. 2740 c.c.

Per superare le problematiche che intervengono in simili operazioni, la società istante ipotizza la possibilità di ricorrere all'istituto del trust.

Il soggetto interessato, in qualità di disponente, istituisce il trust nominando trustee la società fiduciaria e trasferendo in proprietà al trustee la somma necessaria, o comunque quella di cui dispone, per l'acquisto dei crediti di cui alla procedura esecutiva. Il trustee, qualora i beni in trust non siano sufficienti, potrà contrarre con una banca un mutuo di scopo, laddove lo scopo è rappresentato dall'acquisto dell'immobile.

Al termine del trust, i beni in esso costituiti e dallo stesso acquisiti verranno trasferiti al disponente o, in caso di morte, ai suoi eredi.

La società istante chiede chiarimenti in merito al trattamento tributario applicabile, ai fini delle imposte indirette, all'atto istitutivo del trust, all'atto di aggiudicazione dell'immobile in capo al trustee, all'atto di trasferimento dello stesso immobile al destinatario finale (disponente) al termine del trust.

Soluzione interpretativa prospettata dal contribuente

La società istante, nel premettere che la finalità del trust è rappresentata dall'acquisto dell'immobile

dalla procedura esecutiva, evidenzia come il ricorso a tale istituto comporti una più agevole e snella gestione dell'operazione, in termini di operatività, rispetto ad altri istituti civilistici, quali ad esempio la destinazione di un patrimonio ad un singolo affare introdotto in seguito alla riforma del diritto societario. Inoltre l'effetto segregativo tipico del trust rappresenta per la banca mutuante la migliore garanzia, non solo di fattivo perseguimento dello scopo, ma anche di recupero della somma erogata, laddove l'operazione si renda inattuabile. Inoltre, l'immobile acquistato rimarrebbe in trust a garanzia della banca che potrebbe, se del caso, accendere ipoteca sullo stesso, fino alla restituzione in toto della somma mutuata. A parere della società istante l'atto istitutivo di trust, con il quale vengono costituite in trust solo somme di denaro, dovrebbe scontare l'imposta fissa di registro di cui all'art. 11 Tariffa DPR 131/86; l'atto di aggiudicazione dell'immobile in capo al trustee dovrebbe essere soggetto all'imposta di registro ad aliquota ordinaria o ad IVA, a seconda che il bene esecutato provenga da un privato o da una impresa; l'atto di trasferimento al destinatario finale, in quanto atto a titolo gratuito che deriva dall'adempimento della obbligazione originaria del trust (assimilabile ad un mandato senza rappresentanza), dovrebbe scontare l'imposta di registro in misura fissa ai sensi dell'art. 11 Tariffa DPR n. 131/86.

Parere dell'Agenzia delle entrate

Nell'ambito del monitoraggio dell'attività di gestione dell'interpello di cui all'art. 11 della legge 27 luglio 2001, n. 212, la Direzione Centrale Normativa e Contenzioso ha modificato la risposta fornita da questa Direzione all'istanza di interpello n. 909-441/2004 del 21 febbraio 2005, presentata dalla Sofir Società Fiduciaria e di Revisione s.r.l., con sede in Bologna, c.f. ...

In particolare, la modifica è rivolta alla parte della risposta concernente il trattamento tributario applicabile all'atto istitutivo di trust ai fini delle imposte indirette.

Al riguardo, nel quesito, è precisato che "Il soggetto interessato, in qualità di disponente, istituisce il trust nominando trustee la società fiduciaria e trasferendo in proprietà al trustee la somma necessaria (...) per l'acquisto dei crediti ...". Quindi, nell'atto istitutivo del trust è inserita una pattuizione negoziale traslativa di beni ("... la disposizione di trasferi-

Prassi negoziale

mento in proprietà al trustee delle somme di denaro ...”), ulteriore rispetto a quella - di natura programmatica - di costituzione del trust.

Secondo il parere espresso da questa Direzione regionale l'atto istitutivo del trust, "... pur non essendo meramente programmatico in quanto contiene la disposizione di trasferimento in proprietà al trustee delle somme di denaro, non ha alcun contenuto patrimoniale, in quanto il denaro trasferito deve essere impiegato dal trustee per acquistare l'immobile dalla procedura". Pertanto, a tale atto - se redatto per atto pubblico o scrittura privata autenticata - sarebbe applicabile l'imposta di registro in misura fissa, ai sensi dell'art. 11, della Tariffa, Parte prima, allegata al T. U. concernente l'imposta di registro, approvato con D.P.R. 26 aprile 1986 n. 131.

Al contrario, la Direzione centrale ritiene che l'atto di trasferimento in trust di un bene (ad es. denaro) ha sempre per oggetto una prestazione a contenuto patrimoniale.

Circa il trattamento tributario di tale atto, si osserva che in capo al disponente non si ravvisa animus

donandi nei confronti del trustee, visto che la costituzione del trust e l'apporto di denaro al trust medesimo rispondono all'esigenza di acquistare un immobile, non a quella di arricchire il trustee. Pertanto, il disponente non pone in essere un atto di liberalità indiretta, quindi non sussistono i presupposti per l'applicazione del regime previsto per le donazioni.

Inoltre, è da escludere l'onerosità della cessione, giacché il disponente, a fronte del trasferimento della somma di denaro, non riceve alcuna contropartita.

In conclusione, la fattispecie non è riconducibile all'ipotesi di cui all'art. 11 della Tariffa, Parte prima, allegata al T. U. dell'imposta di registro. Infatti, per le motivazioni su esposte, in questo caso è applicabile l'art. 9 della succitata Tariffa, Parte prima, ai sensi del quale - in via residuale - gli "atti diversi da quelli altrove indicati aventi per oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale" scontano l'imposta di registro nella misura proporzionale del 3 per cento.

Il Direttore Generale
(Villiam Rossi)