

## SAGGI

Arbitration and Mediation of Trust Disputes: theory, risk and practice di David Brownbill	333
The Use of Purpose Trusts in the United States by Alexander A. Bove, Jr.	338
Quando un trust è “sham”: brevi riflessioni su recenti sviluppi giurisprudenziali in Inghilterra e sull’isola di Jersey di Alexandra Braun	346
Amministrazione di sostegno, interdizione, trust: spunti per un confronto di Maria Rosa Spallarossa	354
La nuova legislazione della Repubblica di San Marino sul trust di Enrica Senini	368
Gli adempimenti contabili e fiscali di una <i>trust company</i> quale trustee dei trust interni di Antonello Montanari	377
Profili tributari dei trust interni discrezionali di Maurizio Bastianelli	385
Profili impositivi del trust di Pierfrancesco Rotondo – Alessandro Rotondo	393
Challenging the Exercise of a Trustee’s Discretion di Geraint W. Thomas	397
Il ruolo del giudice nella divulgazione dei documenti del trust dopo <i>Schmidt v Rosewood Trust Limited</i> di Edoardo Berti Riboli	409

## GIURISPRUDENZA

Concessione all’amministratore di sostegno dell’autorizzazione all’istituzione di un trust in favore di disabile Italia, Tribunale di Genova, Giudice Tutelare, 14 marzo 2006, P.R.	415
Impossibilità di accertare la causa e rigetto della domanda di intavolazione Italia, Tribunale di Trieste, Giudice Tavolare, 7 aprile 2006, A. Busani	417
Annotazione di un Trust auto-dichiarato nel registro tavolare Italia, Tribunale di Trento, Sezione Distaccata di Cles, Giudice Tavolare, 25 gennaio 2006, D. Narciso Italia, Tribunale di Rovereto, Giudice Tavolare, 28 ottobre 2005, G. Falqui-Massidda	419
Inopponibilità del segreto fiduciario nella cause matrimoniali Italia, Tribunale di Reggio Emilia, 27 marzo 2006, Y. c. X.	421
Applicabilità dell’imposta in misura fissa alla registrazione dell’atto istitutivo di trust Tribunale di Brescia, 11 gennaio 2006, X. c. Agenzia delle Entrate di Verolanuova	424

**S o m m a r i o**

Diritto dei beneficiari di conoscere i documenti del trust e limitazioni imposte dal giudice Nuova Zelanda, High Court, Auckland, 22 dicembre 2003, *Foreman and others v Kingstone and others* 428

Clausola di ritenzione dei beni in trust e responsabilità del trustee  
New York, Surrogates Court of New York, Monroe County, 25 giugno 2004, *In the Matter of the Judicial Settlement of the Second Intermediate Account of Chase Manhattan Bank, as Trustee of the Testamentary Trust established under will of Charles G. Dumont, Deceased* 430

**Giurisprudenza storica**

Esercizio di un potere discrezionale e diritto di informazione dei beneficiari  
Inghilterra e Galles, Court of Appeal, 26 novembre 1964, *In re Londonderry's Settlement, Peat and others v Walsh* 443

**LEGISLAZIONE**

Malta. Codice di condotta per i trustee 449

San Marino. Decreti attuativi della legge di San Marino sul trust 453

**PRASSI**

Il trust: diritto interno e Convenzione de L'Aja. Ruolo e responsabilità del notaio 459

Il trust quale soggetto passivo delle imposte sui redditi 481

**La collana "Quaderni" di Trusts**

- **1 - Leggi tradotte**  
*traduzioni di R. Dabormida, P. Dibari, A. Fusi, E. Incisa di Camerana, G. La Torre, D. Mazzone, F. Steidl*
- **2 - Introduzione ai trust e profili applicativi**  
**tra dottrina, prassi e giurisprudenza**  
*a cura di Stefano Buttà*
- **3 - Il trust di protezione patrimoniale**  
*di Andrea Vicari*
- **4 - La giurisprudenza italiana sui trust - II Edizione**  
*Dal 1899 al 2006*
- **5 - Leggi tradotte - II**  
*traduzioni di E. Berti-Riboli, G. Lepore, G. La Torre, G. Miccichè, L. Minicucci, M. Molinari, M. Monegat, M. Montefameglio, M. Moscardi, A. Pietromarchi, L.F. Risso, R. Sarro, M. Scaffa, M. Tita, I. Valas*  
di prossima pubblicazione
- **6 - Atti congressuali della Associazione "Il trust in Italia" (Terzo Congresso Nazionale, Roma, 21-23 ottobre 2005, e Congresso "Il trust per la famiglia") (disponibile da settembre 2006)**  
*a cura di E. Barla De Guglielmi*

# Arbitration and Mediation of Trust Disputes: theory, risk and practice

di David Brownbill

Le controversie che possono sorgere tra trustee e terzi, trustee e beneficiari, tra gli stessi beneficiari o, ancora, tra trustee e beneficiari da un lato e terze parti dall'altro, possono essere devolute, anziché alla giustizia ordinaria, ad arbitri e mediatori per mezzo del ricorso ai c.d. "alternative dispute resolution (ADR) processes". Tuttavia, mentre il trustee ha solitamente ampi poteri di transigere una controversia che rientri nella prima delle tipologie indicate (o perché i moderni atti istitutivi di trust espressamente lo consentono, o perché comunque tale potere gli è attribuito dalla sect. 15 del Trustee Act 1925 inglese), maggiori problemi ed ampie limitazioni sorgono nel caso in cui siano coinvolti i beneficiari del trust.

SUMMARY: §1. What could possibly go wrong? – types of trust dispute. – § 2. What's the problem? – § 3. Minors, incapacitated and unascertained beneficiaries. – § 4. Court appointed representatives. – § 5. Virtual representation. – § 6. Imposing an obligation to mediate or arbitrate.

This article considers alternative dispute resolution (ADR) possibilities such as arbitration and mediation in relation to disputes involving trusts.

## §1. What could possibly go wrong? – types of trust dispute.

Trusts can be involved in a variety disputes:

(1) Trustees and third parties -

Claims by or against the trustees under a contract entered into between the parties or based on tort or some other matter concerning the trustee's external relationships and not concerning the relationship between the trustee and the beneficiaries as such.

(2) Trustees and beneficiaries -

Claims between trustees and beneficiaries in their

capacities as such and concerning the relationship between them, such as:

- a breach of duty by the trustee
- the exercise of a power by a trustee, or another power holder (a protector or a beneficiary holding a power of appointment)
- the construction of the trust instrument
- rectification: where the issue is one of administration or affects only the trustee's position
- the appointment, retirement or removal of trustees.

(3) Beneficiaries *inter se* -

Claims to have the beneficial provisions of the trust deed rectified or to have the exercise of a power set aside.

(4) Beneficiaries/trustees and third parties -

Claims questioning the trusts upon which the assets are held or seeking to have deeds rectified or dispositions to the trustee set aside (e.g. for mistake, fraud, misrepresentation, lack of capacity, fraud on creditors) or claiming a proprietary interest in the assets (tracing of third party property, community or other jointly owned property), or seeking to vary the trusts under Matrimonial Causes Act 1973 or Inheritance (PF&D) Act 1975.

## § 2. What's the problem?

ADR processes require all parties to be (i) willing or legally obliged to submit the dispute to arbitration, mediation or other ADR process; (ii) legally able to enter into an agreement to submit the dispute to arbitration; (iii) legally able to authorise their attorneys to enter into negotiations, paying the costs of

### Nota:

David Brownbill, Barrister, Maitland Chambers, Lincoln's Inn, London. This article was originally published by the UK-based trust and corporate service providers Jordans Limited, in The Journal of International Trust and Corporate Planning; Volume 13, Issue 1, 2006. For further information on this Journal please contact Martin Palmer by email: martin\_palmer@jordans.co.uk.

## Saggi

these, and/or (iv) able to enter into an agreement settling or compromising the claim.

In claims within the first category the trustee will be involved in his own right, the claim being based on a contract to which he is a party or a tort committed by or against him. The only issue will be whether the trustee has the authority to submit claims to arbitration, to compromise or otherwise settle claims out of court. Most well drafted trust instruments will grant such authority and, in most trust jurisdictions there is statutory authority similar to that in section 15 of the English Trustee Act 1925:

“15 Power to compound liabilities

A personal representative, or two or more trustees acting together, or, subject to the restrictions imposed in regard to receipts by a sole trustee not being a trust corporation, a sole acting trustee where by the instrument, if any, creating the trust, or by statute, a sole trustee is authorised to execute the trusts and powers reposed in him, may, if and as he or they think fit:-

(a) accept any property, real or personal, before the time at which it is made transferable or payable; or

(b) sever and apportion any blended trust funds or property; or

(c) pay or allow any debt or claim on any evidence that he or they think sufficient; or

(d) accept any composition or any security, real or personal, for any debt or for any property, real or personal, claimed; or

(e) allow any time of payment of any debt; or

(f) compromise, compound, abandon, submit to arbitration, or otherwise settle any debt, account, claim or thing whatever relating to the testator's or intestate's estate or to the trust;

and for any of these purposes may enter into, give, execute, and do such agreements, instruments of composition or arrangement, releases, and other things as to him or them seem expedient, without being responsible for any loss occasioned by any act or thing so done by him or them [if he has or they have discharged the duty of care set out in section 1(1) of the Trustee Act 2000]”.

The section was considered in *Re Earl of Stafford Dec'd*(1) where it was construed very widely:

“It will be seen that the section is very wide in its terms, particularly as regards the wording of paragraph (f). Furthermore, it refrains from making any stipulation about the consideration that the trustees

may accept in return for compromising compounding, abandoning or otherwise settling any debt, account, claim or thing whatever relating to the trust. That is left at large. Moreover, the section was treated by the Court of Appeal in *In re Ezekiel's Settlement Trusts* [1942] Ch. 230 as having a wide operation. The trustees must listen to the beneficiaries and pay attention to their wishes, but even if all of them oppose the proposed compromise, the trustees have power under section 15 to agree a proposed compromise; and if the matter is put before the court, the court must, as Lord Greene M.R. said, at p. 234, decide “what the trustees ought to do having regard to the interests of everybody concerned”(2).

Claims in the second, third and fourth categories above may be susceptible to ADR processes where all of the beneficiaries of the trust are ascertained and *sui juris* (along with – in the fourth category – all other parties to the dispute). The beneficiaries, collectively, can for example:

– reach agreement with a trustee claimed to be in breach of trust on whether he should compensate the trust fund and if so on what terms;

– reach agreement between themselves as to the effect of the trust terms or of the validity or otherwise of a purported exercise of a dispositive power;

– enter into a compromise with proprietary claimants (assuming, if they are claiming in a fiduciary capacity, that the claimants have the authority to do so, as discussed above), releasing to them some part of the trust assets; and

– between themselves, or also with the trustee, contract to submit the dispute to arbitration.

Even where the beneficiaries are fully ascertained and *sui juris* there are limits to what can be achieved via ADR.

– A question of construction affecting some past act of the trustee can certainly be compromised. In truth the issue is not the construction point but the correctness of the trustee's action and the consequences of that act. However, a question of construction affecting future conduct of the administration of the trust or the rights of beneficiaries can be settled out of court only where the parties will achieve their objectives by means of a compromise.

### Note:

(1) [1979] 2 WLR 28.

(2) [1979] 2 WLR 28 at 32 per Megarry V-C.

The main impediment to a compromise will be tax. If past liabilities are to be avoided or new liabilities are not to be generated, the true rights and interests of the beneficiaries may need to be determined and this can be done only by the court.

– The same limitation applies in relation to all other claims having proprietary effect, such as claims for rectification, challenges to the exercise of powers, and claims questioning the validity of the trust or of the dispositions to it: if determination of the parties' original rights needs to be determined with effect *ab initio*, an order of the court will usually be required.

These limits aside, there are two fundamental impediments to negotiated or arbitrated settlement of claims under categories two and three above:

– the need to secure an approval to a settlement or an agreement to referral to arbitration on behalf of beneficiaries who are minors, mentally incompetent or unascertained;

– even if all beneficiaries are ascertained and represented, nothing can be done without their approval. Anyone of them can forestall a mediation, neutral evaluation or a mini-trial and even if they take part, can refuse to join in a settlement. Similarly, any beneficiary can refuse to enter into an arbitration agreement.

Claims in the fourth category stand apart from those in the second and third categories in one key respect: they derive from outside the trust and, indeed, seek to challenge its very existence. Nothing provided for in the trust instrument can have a direct effect on the prosecution or determination of such disputes, save only the point mentioned already in relation to the first category: the power of a trustee to compromise or settle third party claims.

### § 3. Minors, incapacitated and unascertained beneficiaries.

It does not follow that because there are minor and unascertained beneficiaries their approval or agreement is needed. Careful analysis of the situation may show that their interests will be unaffected however the matter is dealt with. A simple example may be a complaint by an income beneficiary concerning loss of income in circumstances where the capital interests remain untouched so that only the income beneficiary will have an interest in the matter.

Even if the interests of the minors or unascer-

tained beneficiaries might be affected the situation might be such that all other parties can take a view, either that these interests are so remote that they can be ignored or covered by insurance, or so small that they can be addressed at the time without great cost should the point ever be taken. Provision, based on some sensible view of the matter (i.e. on how these beneficiaries or their representatives might have acted), could be made for these beneficiaries by the other parties acting unilaterally.

### § 4. Court appointed representatives.

Where court proceedings are to be brought the court has the power to appoint persons to represent the interests of minor and unascertained beneficiaries:

– Minors and incapacitated parties must have a litigation friend appointed to conduct either the claim or its defence(3).

– For persons who cannot be ascertained the court can appoint a representative(4).

In each case where a litigation friend or a representative has been appointed, the claim cannot be settled or compromised without the approval of the court(5). Where agreement has been reached before action is brought court proceedings may be limited to seeking the court's sanction to the compromise. In relation to claims involving minors and patients, the English Civil Procedure Rules ("CPR"), CPR 21.10(2) and the former Rules of the Supreme Court ("RSC") Order 80 rule 11 provide expressly for the use of the simpler Part 8 or originating summons procedure to be adopted where only the court's sanction to the compromise is sought.

These provisions which, even under the modern Civil Procedure Rules, remain quite complex offer only limited scope for the implementation of ADR procedures:

– It is not wholly clear whether the court could authorise a representative or a litigation friend to enter into an arbitration agreement.

– Even if a negotiated settlement can be reached

#### Note:

(3) CPR r 21.2 (unless the court orders otherwise in the case of a minor: r 21.2(3)) and RSC O.80, r.2(1).

(4) CPR r 19.7; RSC Order 15 r 13.

(5) CPR 19.7(7) and 21.10; RSC O15, r13(4) and O 80 r 10.

## Saggi

the court must still be involved if only to appoint representatives and litigation friends and to approve settlements. Even for the latter purpose the court will need to be fully informed(6).

Of course, the aim of ADR is to secure a settlement before the commencement of court proceedings and in this regard the difficulties primarily concern:

1. the costs of any mediation or other negotiation: who will pay the persons who act on behalf of the minors and unascertained beneficiaries in the mediation or negotiation?

2. the authority of those negotiating on behalf of these persons. In relation to unascertained beneficiaries, the process may be facilitated by the appointment of a representative before action. Such appointments do seem possible under CPR rule 19.7 but query the position regarding a litigation friend.

### § 5. Virtual representation.

Can the representation problems in relation to minor and unascertained beneficiaries be solved by providing for their representation expressly in the terms of the trust? This is referred to in the United States as “virtual representation”.

The terms of the trust could designate a particular person to represent the interests of such beneficiaries in a defined category of disputes and provide that his agreement to refer the matter to arbitration or to compromise or settle the issue is binding on the persons he represents. More practically, the terms of the trust might designate not the representative but a person who has the power to appoint a representative, possibly by directing the trustee or a protector to seek an appointment by a recognised industry body such as the Law Society or STEP.

The costs and indemnification of the representative could readily be provided out of the trust fund. Could the scope of the duty or the extent of the liability of the representative, in negligence or tort, to those he represents be limited by provision in the terms of the trust? Cohen and Staff(7) think not; Hayton(8) takes the opposite view. I see no difficulty; if the system of virtual representation works at all, then the interests of the persons represented are taken subject to that system, which must include the terms upon which the representative will act.

What effect, if any, might the negligence, or even fraud of the representative have on any compromise

or arbitration agreement? It would be useless to have a system which contained hidden risks and qualifications. An effective regime would need to ensure that any agreement was not affected by such matters save to the extent that the other parties were privy to them. The beneficiaries represented could in such circumstances look only to the representative.

English law contains a doctrine of repugnancy which, in the present context, prevents an interest being granted on terms whereby the grantee is prevented from enforcing or protecting his interest in the courts(9). Provisions ousting the jurisdiction of the court are, generally, invalid. Thus a clause providing:

“I authorize and empower my trustees to determine [...] whether any moneys are to be considered as capital or income and how valuations are to be made and/or value determined for any purpose in connexion with the trusts and provisions of this my will [...] and to apportion blended trust funds and to determine all questions and matters of doubt arising in the execution of the trusts of this my will [...] and I declare that every such determination whether made upon a question actually raised or only implied in the acts or proceedings of [...] my trustees shall be conclusive and binding upon all persons interested under this my will [...]”,

was held to be invalid, as was a provision in a will which provided that (in relation to a gift to a named institution):

“if any doubt shall arise in any case to the identity of the institution intended to benefit the question shall be decided by my trustees whose decision shall be final and binding on all parties.”

Third parties can be made the arbiters of fact. In *Re Tuck's ST*(10) there was a gift of income to a person so long as he should be of the Jewish faith and married and living with an “approved wife” who was defined as meaning “a wife of Jewish blood by one or

#### Note:

(6) See the rationale behind the requirement to obtain the court's sanction in the case of minors and patients in the White Book - current edition at 21.10.1 and 1999 edition at 80/11/2 et seq.

(7) Lawrence Cohen QC and Marcus Staff: *The Arbitration of Trust Disputes*, (1999) JTCP 203.

(8) David Hayton: *Non-judicial resolution of trust disputes*, Geneva 1999.

(9) *Re Raven* [1915] 1 Ch 673 and *Re Wynn* [1952] Ch 271.

*both of her parents and who has been brought up in and has never departed from and at the date of her marriage continues to worship according to the Jewish faith".* The settlement went on to provide that "as to which facts in case of dispute or doubt the decision of the Chief Rabbi in London [...] shall be conclusive." This was held to be valid, it being permissible for a third party to determine, conclusively, a question of fact provided there was no conceptual uncertainty in the meaning of the words used.

The repugnancy/ouster of jurisdiction rule would seem therefore to prohibit the imposition of a system of virtual representation in trusts under English law. The rule, as explained in *Re Wynn*, would invalidate any provision for the binding determination of beneficiaries' rights by a third party, out of court. What might be possible?

1. There would seem few objections in principle to a system of virtual representation limited to submitting disputes to arbitration, i.e. whereby the virtual representative is authorised to enter into a contract to arbitrate with the other parties, the contract and the outcome of the arbitration being binding on the minor or unascertained beneficiaries represented.

2. It is conceivable that the law has moved on, particularly in the light of the CPR and the clear policy of the courts to promote ADR procedures, and that an acceptable system of out of court determination may not be rejected out of hand.

3. A system of non-binding virtual representation would seem to be possible. The terms of the trust could provide for the appointment of a representative, covering his fees and indemnity, and authorising him to enter into negotiations with other parties with a view to making application to the court for approval of any compromise reached. The court would still need to appoint either a representative or a litigation friend (the virtual representative being an obvious choice) and would need to be fully informed to enable it to make a decision. Thus, it would not be possible to avoid the costs of these steps in court but it seems that a system can be instituted whereby persons can represent minors and unascertained beneficiaries, to have their costs covered and their authority to negotiate recognised.

## § 6. Imposing an obligation to mediate or arbitrate.

Even if the problems of virtual representation can

be resolved, the ADR procedures so far contemplated depend on all of the beneficiaries agreeing either to go to arbitration or to enter into negotiations and to reach a settlement. Any one beneficiary could stymie the process at any time, at least prior to entering into an arbitration agreement.

Can the terms of the trust impose a requirement that the beneficiaries and the trustees apply ADR procedures to their disputes? The repugnancy/ouster of jurisdiction rule would seem to permit very little scope for this (it applies as much to the interests of ascertained adult beneficiaries as to any others).

However, an underlying theory of arbitration process is that the parties are not excluded from the court as such, rather access to the court is precluded (other than in connection with the arbitration itself) whilst the arbitration is conducted. Could a similar approach be adopted in relation to mediation, whereby the parties are required, prior to commencing court proceedings, to enter into mediation (again, in conjunction with the appointment of a virtual representative)? As with court ordered mediations (in the US and Canada) any party can frustrate or defeat the process by refusing to negotiate or agree to anything proposed; in most cases, however, it might be enough that the parties have been brought to the table.

Saggi

# The Use of Purpose Trusts in the United States

di Alexander A. Bove, Jr.

Da qualche anno a questa parte negli Stati Uniti si assiste alla sempre maggior diffusione dei trust di scopo *non-charitable*: sebbene la maggior parte degli Stati, rifiutandone la validità, abbia seguito il modello tradizionale inglese, oggi alcune legislazioni si sono indirizzate verso la soluzione opposta, soprattutto con riferimento a trust in favore di animali. Lo stesso Uniform Trust Code riconosce la validità di quei trust aventi uno scopo *non-charitable* la cui individuazione sia rimessa dall'atto istitutivo al trustee, ovvero nei quali il beneficiario non sia identificato o identificabile. Tuttavia, le limitazioni in ordine alla durata che questi trust possono avere suggeriscono spesso il ricorso alle leggi dei paesi *off-shore*, maggiormente permissive e tutte ugualmente di elevato livello.

SUMMARY: § 1. Concept and Background. – § 2. Purpose Trusts in the U.S. – § 3. Offshore Purpose Trusts for U.S. Purposes. – § 4. Avoiding a Conflict With U.S. Law. – § 5. Which Offshore Jurisdiction? – § 6. U.S. Income Tax Issues. – § 7. U.S. Gift and Estate Tax Issues. – § 8. U.S. Generation Skipping Tax Issues. – § 9. Review of Grantor vs. Non-Grantor Purpose Trust U.S. Tax Consequences. – § 10. Conclusion.

It is truly interesting to note how the use, drafting, and concepts of trusts have developed and expanded over the years. For instance, in the United States the irrevocable life insurance trust was practically unheard of until the 1940's or so, and virtually no one used trusts to avoid probate (a process of settling an estate, not used in civil law jurisdictions) until forced to do so in the late 1960's by the huge popularity of a questionable book entitled, "How to Avoid Probate". And then every decade or so new forms of trusts would be generated by changes in the U.S. tax laws; for example, the charitable remainder trust, the grantor retained income and annuity trusts, the qualified personal residence trust, and so on.

More recently, we have seen the advent of the "off-shore" trust, typically associated with asset protection, which, like all the others, carried with it its own special provisions. And now, we are seeing still another special form of trust in the U.S., the "purpose trust", which requires some dramatic rethinking of the basic elements of a trust and, of course, of the provisions needed to make it work.

## § 1. Concept and Background.

Briefly, a purpose trust is a trust established for a purpose rather than for specified beneficiaries. In at least one respect, this concept is not new. After all, a charitable trust is typically established for a purpose and typically has no identifiable beneficiaries, but it has never raised the eyebrows of a trust lawyer or a judge. For instance, a trust established to maintain a public park or to fund medical research is nothing unusual, and if properly drafted is seldom questioned, since such trusts are regarded as charitable (for the benefit of the public) and may be enforced by the attorney general as the representative of the public. The "new" concept we refer to here is the non-charitable purpose trust. An example of a non-charitable purpose trust would include one where a settlor established a trust to maintain his collection of antique automobiles, or perhaps one for the purpose of constructing a home for the maintenance and care of his pets and all their offspring.

For those of us who recall our training on the basic elements of a trust, it is clear that such non-charitable purpose trusts will fail for a number of reasons. One reason is that these trusts violate the rule against perpetuities, as there is no measuring human life. Another, perhaps more convincing reason, is that there is no ascertainable beneficiary to enforce

### Note:

Alexander A. Bove, Jr. è avvocato in Boston, Law Firm of Bove & Langa, P.C.

This article is in part excerpted from the author's Chapter, "The Purpose of Purpose Trusts" from Asset Protection Strategies Volume II, published by the American Bar Association, Alexander A. Bove, Jr. Editor.



the trust. It is an inviolable rule of trust law that if there is no one to enforce the trust, then there can be no trust(1). As noted earlier, a charitable trust, although there are no named beneficiaries, may be enforced by the local attorney general. In our examples above, however, certainly neither the antique automobiles nor the cats and dogs could sue the trustee to enforce the trust, and none of them is capable of having a personal representative. A trust (as we know it), must have beneficiaries whose identity can be established with certainty. If the identity or method of determination of the ultimate beneficiaries of a trust is so vague that neither the trustee nor a court could readily determine whether any given individual at any time was or was not a beneficiary, the trust would be unenforceable under common law and therefore, invalid, unless, of course, its purpose was charitable(2).

Under English law, on which much of our own trust law is based, a valid trust must have an ascertainable beneficiary with the legal capacity to enforce the trust. That was the law since the “beginning” of its recognition of trusts and is the law now. This is sometimes called the beneficiary principal and reflects the fact that an object (as is often the very concept of the purpose trust) “cannot complain to the court, which, therefore, cannot control the trust and, therefore, cannot allow it to continue”(3).

This concept, as noted, has been subject to the exception in the case of charitable trusts which, universally (in common law jurisdictions) are enforceable by the attorney general of the applicable jurisdiction. In effect, there are in fact beneficiaries: members of the public, but it would be cumbersome, confusing, and unworkable to allow any and every person to enforce the trust. Thus, the attorney general, who represents the public, would be the one to enforce the trust.

## § 2. Purpose Trusts in the U.S.

By and large, the laws of the various states in the U.S. have followed the English rule, refusing to recognize trusts without beneficiaries(4). As discussed in greater detail below, however, some are now beginning to recognize certain limited exceptions to the rule, while others offer contradictory results. For instance, in the illustration above, a purpose trust could be established for the maintenance of the sett-

lor’s collection of automobiles, and if and when the automobiles were unusable or disposed of, or simply after a set period of time, the trust would terminate, and the settlor’s children would receive any assets (e.g., the automobiles) remaining in the trust. The fact that the children may be designated remaindermen after the purpose is carried out does not change the character of the trust nor by itself give it validity as a trust. In most U.S. jurisdictions, which do not recognize purpose trusts, a trust with these provisions (i.e., a non-charitable purpose) would be totally disregarded as void, and one of two things would happen. Either the bequest would pass directly to the children without regard to the instructions to maintain the automobiles, or the entire bequest would fail and pass by intestacy in the settlor’s estate. Cases have held both ways.

In one such case, for instance, a testator left the residue of his estate to a close friend, “in trust, however, for the maintenance of my pets [...] Upon the death and interment of the last of my pets to survive, I give [...] my entire residue estate [...] to the said Mary Riesing, absolutely and in fee.” The testator’s heirs at law contested the bequest on the basis that the trust for the testator’s pets (a dog and a parrot) was void under the perpetuities rule and thus the estate should pass to them (the heirs) under intestacy.

On appeal by the heirs, the Supreme Court of Pennsylvania acknowledged that the trust would be void for the perpetuities rule, and further, that there was, in fact, no trust because there would be no beneficiaries to enforce the trust. But rather than rule that the gift itself failed, the court simply regarded the bequest without the trust language, ruling that it should be treated as an outright unconditional bequest to the legatee(5).

In another U.S. “purpose trust” case with an opposite result, the testator left the residue of his estate to two friends, “to be expended in the collection and

### Note:

(1) Austin W. Scott and William F. Fratcher, *The Law of Trusts*, § 112 (4th Ed., 1989).

(2) George Palmer, *Private Trusts for Indefinite Beneficiaries*, *Michigan Law Rev.* 359 (Dec. 1972).

(3) *See In Re Astor’s Settlement Trusts*, 1 ALL ER 1067 (1952).

(4) Ames, *The Failure of the Tilden Trust*, 5 *Harvard L. Rev.* 389 (1892).

(5) *In re Remner’s Estate*, 57 A.2d 836 (Pa. Super. Ct. 1948).

**S a g g i**

arrangement and publication of my writing. I have confidence in their judgment and honesty.” The executor sought instructions from the court as to whether the bequest was valid or should pass to the testator’s heirs under intestacy, or to the named friends, outright.

The Connecticut court first considered whether there was a valid trust. Since the ostensible purpose was to publish and presumably promote the testator’s writings rather than for any specified beneficiaries, the trust was first regarded as void as a non-charitable purpose trust. The legatees then argued it should nevertheless stand as a valid charitable purpose trust since it was educational in nature (a valid charitable purpose), inasmuch as the testator had written works of a religious and psychological nature. In response, the court looked to the nature of the testator’s writings, since a charitable trust may not be against public policy. As it turned out, the testator’s writings did not exactly appear to be divinely inspired, although they certainly raised some psychological issues, having titles such as, “Divinity in Semen,” “Phallic Worship to Secularized Sex,” and “Sanctified Lust.” The court reviewed these and others of the testator’s articles, referring to at least one as “a truly nauseating experience in the field of pornography,” consequently holding that such a purpose would be clearly against public policy.

So, with no valid, enforceable trust, the question was how should the bequest be handled. Of course, the two legatees argued it should pass outright to them. Unfortunately, the testator’s language, “I have confidence in their judgment and honesty,” together with another statement dispensing with bond, led the court to conclude they were nothing more than intended fiduciaries, not legatees. Thus, it was held that the gift to the purpose trust would fail, and pass instead by intestacy to the testator’s heirs at law(6).

As observed above, there are some U.S. states that have adopted a form of purpose trust law, but in a far more limited way than the offshore jurisdictions, and primarily to suit the “pet” (animal) trust objective(7). That is to say, the thrust in the U.S. to adopt purpose trust legislation appears to be largely related to and motivated by the public’s desire to be able to establish valid trusts for their pets, although other “honorary” trusts (such as trusts to maintain gravesites or say masses) are usually allowed on the same theory. The popularity of pet trusts is clearly reflected in the 1993 amendment to the Uniform Pro-

bate Code (“UPC”), section 2-907 (b). That section, which is optional for states adopting the code, specifically acknowledges and validates honorary trusts and trusts for pets, but of the two categories, it distinguishes in greater detail trusts established for pets, in apparent recognition of a greater public interest in establishing such trusts. Further, the California and Colorado statutes, fashioned after the UPC, both contain specific provisions under which trusts for pets can be valid(8). Contrast this focused, limited purpose trust legislation with the broad and flexible purpose trust legislation found in the offshore jurisdictions mentioned above, where the question of pet trusts could hardly be less relevant.

U.S. purpose trusts are also allowed in the few states which have adopted the Uniform Trust Code (2001) (“UTC”). Section 409 of that code provides that: “a trust for a non-charitable purpose without a definite or definitely ascertainable beneficiary or for a non-charitable purpose to be selected by the trustee is valid”.

The UTC goes on, however, to limit the term of such a (purpose) trust to 21 years. Interestingly, the wording of the UTC does not invalidate the trust after the 21 year period, it merely declares it to be unenforceable. Presumably, then, a court could, upon petition, declare the trust invalid, inasmuch as its terms are unenforceable. When that happens, unless otherwise provided in the trust, the corpus would revert to the settlor or her estate. It would be unusual if not a lack of foresight if a drafter did not provide for disposition of the trust property at the end of the 21 year period, or after the purpose was carried out, or in the event it could not be carried out.

A few states allow some form of purpose trust through case law (e.g., Pennsylvania(9)), but whether through case law or a uniform code, the application and use of purpose trusts in the U.S. is extremely narrow and the term unnecessarily limited. For instance, if an individual wished to provide for the long term maintenance of a private building

**Note:**

(6) *The Fidelity Title and Trust Company, Executor v Ethel Clyde*, 121 A.2d 625 (Conn. 1956).

(7) See, e.g., N.Y. Est. Powers & Trusts Law, 7-6.1, Cal. Prob. Code 15212, and Colo. Rev. Stat. Ann. 15-11-901.

(8) *Id.*

(9) *In re Renner's Estate*, 57 A.2d 836 (Pa. 1948).

without mingling that asset with other assets in a “person” trust (one which provided for individual beneficiaries, where dispositive disputes could arise and restraint on sale of the property could be overridden), why should he be limited to 21 years?

### § 3. Offshore Purpose Trusts for U.S. Purposes.

Accordingly, if a U.S. person wished to establish a purpose trust with a broader scope and for a longer term than permitted in the U.S. in those states that have adopted the relevant provisions of the UTC or the UPC, or in those states which may recognize a purpose trust by case law, it would be a relatively simple matter to settle one in any of the several offshore jurisdictions recognizing such purpose trusts, and then administer it in the U.S. (sometimes referred to as “importing the law”).

Depending on the purpose of the trust and the situs of the trust assets, the purpose trust should be honored by U.S. courts, as it is well-settled law that a settlor of an inter-vivos trust may designate the jurisdiction whose law will apply to the validity and administration of the trust<sup>(10)</sup>. Associated with this rule, however, is the requirement that there be some “nexus” between the designated law and the trust itself<sup>(11)</sup>. In the case of the purpose trust containing intangibles, this should not present a problem, since the intangibles could be moved to the desired jurisdiction to secure the nexus<sup>(12)</sup>. Furthermore, since most of the offshore jurisdictions require a “local” trustee to serve, this would clearly establish the necessary nexus to apply the law of the jurisdiction designated by the settlor. It is also important to note that if the only asset of the foreign purpose trust is U.S. real estate, a U.S. court may hesitate to apply foreign law to its administration, unless it is found that the trust does not violate the strong public policy of the situs state<sup>(13)</sup>.

Even in the case of real estate, however, one should not hastily conclude that a foreign purpose trust holding U.S. real estate would violate a state’s public policy merely because the situs state did not recognize purpose trusts. The reason most U.S. states do not recognize purpose trusts is the common law beneficiary rule, centered around the problem that in a purpose trust there is no beneficiary to enforce the trust. But virtually all of the offshore statutes providing for purpose trusts also provide for the appoint-

ment of an enforcer, who is a person to enforce the trust according to its terms. Thus, even if there was a public policy issue of an unenforceable trust, the issue would be negated. The only other public policy issue that could arise with respect to U.S. real estate is the question of unreasonable restraint on alienation embodied in the rule against perpetuities. If this is a concern in the state in question, one would simply draft the trust to provide for a distribution (or vesting) of the property by the end of the applicable period.

### § 4. Avoiding a Conflict With U.S. Law.

The foregoing discussion would apply if the trustee of the offshore purpose trust attempted to open accounts in the U.S. or title U.S. real estate in the name of the offshore purpose trust. If a question arose, it is unclear how a U.S. court would rule as to the U.S. administration of the trust, particularly in a state where the UTC was not adopted. But perhaps there is a fairly easy way to totally avoid such a confrontation.

Say that the trustee of the offshore purpose trust desired to open accounts or hold real estate in the “name” of the trust. The trustee could simply establish a limited liability company (in any state, but Delaware has very flexible laws and would be a good choice), and open the accounts or title the real estate in the name of the U.S. LLC. The trustee of the trust could be the sole member of the LLC and administer the property in accordance with the terms of the purpose trust. (For U.S. tax purposes, discussed below, a single member LLC is disregarded, so the

.....  
**Note:**

(10) Scott & Fratcher, *Supra*, note 1 at § 598.

(11) *Id.*

(12) See e.g., *City Bank Farmers Trust Co. v Cheek*, 93 N.Y. L. J. 2941 (June 7, 1935). See also *Watts v Swiss Bank Corp.*, 43 Misc. 2d 758 (N.Y. Sup. Ct. 1964), where a settlor domiciled in France established a custodial account in New York and delivered securities to the New York trustee to administer the fiduciary arrangement there under New York law. The arrangement (and selection of governing law) was held to be valid.

(13) See *Peterzell Trust* 7 Pa. D&C 2d 400 (Pa. 1956), holding that a trust established by a California settlor designating California law as governing law of the trust was valid even though the trustee and situs of the trust property was in Pennsylvania. But see also, Scott & Fratcher, *Supra*, note 1 at § 648(1), and Restatement Second Conflict of Laws § 277 (1971).

**S a g g i**

trust is treated as the taxpayer.) For ownership and property law purposes, it does not matter that the underlying owner of the LLC is an offshore purpose trust that may or may not be recognized in the U.S. or in the particular state where the accounts or real estate is located. This is because the owner of the accounts or property would be the LLC(14), which is acceptable under U.S. law, and the question of the validity of the underlying trust or its administration would not be an issue. This author has successfully used the same approach where an offshore non-charitable foundation held property in the U.S. Thus, the use of an offshore purpose trust for U.S. purposes may be accomplished in this fashion.

**§ 5. Which Offshore Jurisdiction?**

As to which offshore jurisdiction to select, there are, of course, numerous factors to consider both domestic and offshore, including the purpose and term of the trust, the most logical place for administration, the laws of the respective jurisdictions under consideration (i.e., the flexibility of the applicable statute), and, perhaps, the client's travel preferences.

In point of fact, the purpose trust statutes of the offshore jurisdictions and their fundamental requirements of the trust are quite similar in substance. While the purpose trust law of Bermuda, the Cayman Islands, and the British Virgin Islands are generally regarded as the most thoughtful, it would be difficult to say that one is much better than another for most purposes. Thus, the selection of jurisdiction or governing law may be based on offshore contacts that the client and/or the advisor may have, selection of initial trustee, fees, and as noted, the client's travel preferences.

**§ 6. U.S. Income Tax Issues.**

For those attorneys familiar with the establishment of trusts in jurisdictions other than the U.S., it is a relatively simple matter to form a purpose trust for a U.S. client in a selected offshore jurisdiction and then make the transfer of desired assets to the offshore trust. In the typical case, the trust is drafted so that the transfer to the trust is tax neutral for U.S. tax purposes and the income is taxed to the grantor (i.e., a "grantor trust" under Internal Revenue Code (IRC) sections 671-679), so there should be no new taxes to worry about (though pursuant to IRC sec-

tion 6048 and Rev. Procedure 97-37, there are Internal Revenue Service (IRS) information forms that must be filed to avoid substantial penalties where a foreign trust is concerned). Due to the fact that a purpose trust has no beneficiaries, however, if the trust is drafted so that it is not a U.S. grantor trust, some tricky, if not odd tax considerations apply. For instance, IRC sections 641 and 651 provide for a deduction for amounts that a trust distributes to a beneficiary, and corresponding sections 642 and 652 provide that the beneficiary receiving such distributions shall include such distributions in his or her gross income. But what happens to these rules in the case of a purpose trust that distributes income for the upkeep of an automobile or the care of a cat? Obviously neither the car nor the cat will be filing a tax return, and it wouldn't seem fair that the trust should simply be denied the distribution deduction and taxed at the higher trust tax rates, since it is not accumulating the income. On the other hand, to allow a deduction for trust distributions that are not taxed to anyone just won't fly under U.S. tax laws.

The IRS has considered this odd situation and in a 1976 revenue ruling the IRS ruled that although no deduction is allowed for the trust distributions to a non-individual (since no one will be taxed on them), the trust should not be taxed at the higher trust rate, since it is not accumulating the income. Instead, it was ruled that the trust in such a case will be taxed at the rate of a married person filing separately(15). Note, however, that just after the issuance of the 1976 Revenue Ruling, Congress added section 1(e) to the tax code. That section added a new rate of tax for trusts and estates. Accordingly, it is more likely that today the higher tax according to the separate schedule for trusts and estates would be the tax rate applied to purpose trusts, rather than the lower schedule applied to married persons filing separately. Although this position would produce an unfair result since it would tax the trust on income that was distributed, fairness has never been a requirement under the U.S. tax laws.

If the trust is treated as a grantor trust for U.S. tax purposes, the grantor is taxed on all the income,

**Note:**

(14) Other entities may be used, such as a corporation or a partnership, but the author feels that an LLC offers the best solution in most cases.

(15) Rev. Rule 76-486 1976-2 C.B. 192.

whether or not distributed to the grantor. Under U.S. income tax laws, if a trust is treated as a grantor trust, then all income, losses, credits, etc. are passed through the trust and the person deemed to be the grantor (typically the settlor of the trust) is treated as the taxpayer. The trust, though recognized for all other purposes, is ignored for U.S. income tax purposes. The grantor trust may be a domestic trust or a foreign trust<sup>(16)</sup> (IRC sections 7701(a)(30)(E) and 7701(a)(31)(B)). It is also important to note that if the trust is a foreign trust and also not a grantor trust, the settlor will be exposed to a capital gain tax on the transfer of appreciated assets to the trust under IRC sect. 684, although most advisors are successful in avoiding this merely by adding one or another of the grantor trust provisions.

## § 7. U.S. Gift and Estate Tax Issues.

Even though the trust may be established in an offshore jurisdiction, if the settlor is a U.S. person we still have other U.S. tax laws to think about. For instance, what about U.S. gift tax issues? Is it possible to make a taxable gift to a cat? Not surprisingly, there are virtually no tax rulings or cases shedding any light on the U.S. gift or estate tax issues that may be associated with purpose trusts, primarily because, with the very limited exception discussed earlier, the U.S. states generally do not recognize purpose trusts and even the offshore purpose trust statutes are relatively new. Nevertheless, the author believes that a number of basic tax concepts can be applied to at least make a number of educated guesses.

For instance, as to whether taxable gifts could be made to pets, cars, or buildings, the fact is that except for qualified charities, the federal gift tax laws do not care who the donee might be<sup>(17)</sup>. Whether a taxable gift is made for gift tax purposes depends on whether the transfer will be treated as a taxable gift (i.e., where the donor has relinquished dominion and control) and not on the identity of the donee<sup>(18)</sup>. To illustrate, say that Katherine, a U.S. person, settles a trust for her cats and funds it with income-producing real estate, reserving a special power of appointment over trust income and corpus, thereby resulting in no gift on the creation of the trust<sup>(19)</sup>. Further, on account of the reserved power, the trust will be treated as a grantor trust<sup>(20)</sup>. The trust receives net cash flow of \$42,000 for the year of which \$20,000 is taxable income. In the same year

the trustee pays out \$30,000 for the benefit of the cats. Katherine will be taxed on the \$20,000 of taxable income, and because of the distribution, she will be treated as having made a taxable gift of \$30,000, to which her allowable exemption equivalent must be applied<sup>(21)</sup>. If the trust makes no distributions for the current year, no gift would occur, but any distributions from the trust, whether in the current year or in future years would be taxable gifts, regardless of when the funds were received by the trust. Furthermore, as suggested by the result in the foregoing example, the IRC section 2503(b) annual exclusion from taxable gifts will not apply to purpose trusts, since that code section specifically applies to gifts to "persons."

Accordingly, where an individual settles and funds a purpose trust, the funding of which is not a completed gift because of a reserved benefit or power in the settlor thereby making the trust a grantor trust, all distributions from the trust in furtherance of the trust purpose will be subject to a gift tax and will not be eligible for the IRC 2503(b) annual exclusion. This would be the case, of course, whether or not the actual settlor is identified in the trust instrument, as the tax laws look to the substance rather than the form of the transaction.

Similarly, a transfer to a purpose trust that did constitute a completed gift of income and principal would always be a taxable gift of a future interest, but annual distributions, whether from income or principal, would not be taxable gifts. For instance, in the above example, assume that Katherine as settlor reserved no powers over the trust, made a completed gift on funding, and the trust is not a grantor trust. Each year, the income would be taxed to the trust without a corresponding deduction (under IRS Revenue Ruling 76-486) as pointed out above, but dis-

.....  
**Note:**

(16) IRC §§ 7701(a)(30)(E) and 7701(a)(31)(B).

(17) We are not unmindful of the fact that different donees may produce different gift tax results, such as gifts to spouses (IRC § 2523) or gifts to trusts with retained interests producing different results based on the relationship of the remaindermen to the donor (IRC § 2702).

(18) Treas. Reg. § 25.2501-1-(a)(1).

(19) Treas. Reg. § 25.2511-2(b).

(20) Internal Revenue Code (IRC) § 674(a).

(21) \$1,500,000 for 2004 and 2005, \$2,000,000 for 2006 – 2008, see IRC § 2010(c).

**Saggi**

tributions from the trust to carry out its purpose would not be taxable gifts. Even if the trust was a grantor trust, the same gift tax results would apply, but the income would be taxed to the settlor/grantor each year, even though not received by her. The grantor's payment of the tax on trust income is not considered a gift, since the grantor is simply satisfying her liability to pay the tax(22).

As to estate taxes, all the "normal" rules of estate tax inclusion of trusts would apply. For instance, where the settlor reserved the power to appoint the trust property, if that power existed at her death, the property would be included under IRC sections 2036 and 2038. And if the settlor relinquished that power within three years of her death, the property would be included in her estate under IRC section 2035. Of course, in substantial situations, advisors would recommend clients obtain formal rulings from the Internal Revenue Service.

**§ 8. U.S. Generation Skipping Tax Issues.**

The purpose trust poses some interesting questions in relation to the generation-skipping transfer ("GST") tax. For one, if we have a "pure" purpose trust that has no individual beneficiaries and can never have individual beneficiaries, there should be no GST tax issues, since the trust does not fall within the definition of a skip-person(23). On the other hand, this could change dramatically if the purpose of the trust involved distributions to or for the benefit of a non-charitable entity. For instance, a trust for the purpose of advancing the interests of a family business could typically involve distributions to a corporation. In such a case, for GST tax purposes distributions to the corporation are deemed to be transfers to the owners of the entity(24). Accordingly, if a skip-person was a shareholder of the corporation the distribution attributable to that shareholder would appear to be a taxable distribution for GST tax purposes(25). Another problem with this possible outcome is how and when to allocate the transferor's GST tax exemption to the trust, or whether the allocation would be automatic. For certain lifetime transfers, whether by direct skip or by indirect skip, the allocation of the transferor's GST exemption is automatic(26). With a purpose trust, this may not always be clear, but for purposes of determining whether the skip is direct or indirect, at least we

know that the "look-through" rule (to ownership of the entity) does not apply(27).

For most purpose trusts (other than very short term U.S. purpose trusts established under the Uniform Trust Code or the Uniform Probate Code as discussed earlier), GST issues will be very relevant, since such trusts are typically designed to continue for more than one generation, and seldom, if ever would the trust be designed to pour over (i.e., be included for estate tax purposes) into the estates of children of the settlor (in which case the GST issue would be eliminated). In this regard, practitioners employing purpose trusts must carefully consider all possible GST ramifications that may emanate from the special nature of these trusts.

**§ 9. Review of Grantor vs. Non-Grantor Purpose Trust U.S. Tax Consequences.**

To review the principles illustrated above, if the purpose trust is a grantor trust(28), then all of the income will be taxed to the grantor, and if the funding of the trust was not a completed gift, the grantor will be deemed to have made gifts as the funds are distributed. Even though the trust distributions may be made directly to individuals (as opposed to objects) for the trust purpose, gift tax exposure would still result(29). For instance, a distribution to a handler for the care of a horse would not be a taxable gift to the handler or to the horse (though it may be income to

**Note:**

(22) It is unclear whether the IRS agrees with this position (see PLR 9444033) though knowledgeable commentators are virtually unanimous in the conclusion that the grantor's payment of tax on trust income taxed to him is not a gift. (See, e.g. Irrevocable Grantor Trusts - Payment of Income Tax Liability by Grantor, 36 Tax Management Memo 153 (June 12, 1995)).

(23) IRC § 2613(a).

(24) IRC § 2651(f)(2).

(25) IRC § 2612(b), Treas. Reg. § 25.2511-1(h)(1).

(26) IRC §§ 2632(b) and (c). However, the transferor can elect to "opt out" of the automatic allocation. IRC § 2632(b)(3) and IRC § 2632(c)(5).

(27) IRC § 2612(c)(2).

(28) IRC §§ 671-679, causing trust income and losses to be passed through to the person or entity treated as the owner for income tax purposes.

(29) Treas. Reg. § 25.2511-1(c)(1).

the handler), but it would be a gift nonetheless(30). Furthermore, a distribution from a grantor-type purpose trust to a corporation for the preservation or continuation of the business is normally a gift to the shareholders in proportion to their interests(31). Similarly, a distribution for the maintenance of a building owned by the trust may not appear to be a gift to anyone, but under IRC section 2501 it is a gift nonetheless, and as noted above it does not qualify for the annual exclusion. Further, use of trust funds for improvements on the building could be treated by the IRS as a gift to the remaindermen if the original transfer was not a completed gift and if the trust remains a grantor trust as to principal.

If the trust is a non-grantor trust and the funding of the trust was a completed gift, no additional gifts would result when trust distributions were made in furtherance of the purpose, though the practitioner must be mindful, as always, of any generation-skipping tax issues that may apply. As observed above, however, where distributions are made from the non-grantor purpose trust to a closely held corporation, however, there would be a different result. That is, if a trust distribution of income is made from a non-grantor purpose trust to a closely held corporation, the corporation, unlike an animal or other non-taxpayer, is a taxable entity, and as a trust "beneficiary", it will be subject to income tax on the distribution. (The corporation would be treated as a beneficiary only for U.S. tax purposes, as the purpose trust does not have beneficiaries, per se.) In such a case, the trust would be entitled to a distribution deduction under IRC sections 641 and 651.

As far as U.S. estate taxes are concerned, as pointed out above, the question of inclusion generally hinges more on whether certain powers or benefits were retained than on whether or not the trust is a grantor trust. For instance, if a settlor reserves the right in a non-fiduciary capacity to withdraw trust assets by substituting trust assets of equal value, this would cause the trust to be treated as a wholly grantor trust as to the settlor(32), but it would not, by itself, cause inclusion of the trust assets in the settlor's estate. Typically, estate tax inclusion of a purpose trust would be the result of the settlor retaining some benefit from the trust, or the power to change the purpose of the trust, the power to withdraw trust assets, or the power to add or delete beneficiaries, or to appoint the property either during life or at death(33).

## § 10. Conclusion.

The purpose trust in the U.S. can offer important new planning possibilities in an estate plan, but if its purpose is for other than the care of a pet, the trust should be established in one of the several offshore jurisdictions that have purpose trust statutes. Given the administrative and tax issues with foreign trusts, however, it may also be wise to consider importing the offshore trust (and its governing law) to the U.S. and causing it to be treated as a U.S. trust for income tax purposes(34), but where the settlor is a U.S. person, the advisor and drafter must be constantly mindful of the somewhat tricky U.S. income, gift, and estate tax ramifications, even though the trust is to be governed and administered by the law of the selected offshore jurisdiction. That is, so long as the offshore statutory requirements of the purpose trust are met, it may generally be administered anywhere in the world, including the U.S., but if the settlor is a U.S. person, it will still be subject to U.S. tax laws. Therefore, it should be possible to establish a purpose trust in an offshore jurisdiction, and after a short time, move it to the U.S. while retaining the governing law of the original jurisdiction. And as U.S. planners become more and more familiar with purpose trusts, no doubt more and more creative and useful purposes will be found.

### Note:

(30) Treas. Reg. § 25.2501-1(a)(1).

(31) Treas. Reg. § 25.2511-1(h)(1).

(32) IRC § 675(4)(c).

(33) See, generally, IRC §§ 2035, 2036, and 2038.

(34) IRC § 7701(a)(30)(E) and § 7701(a)(31)(B). The offshore trust could be converted to a U.S. trust by adding a U.S. co-trustee or a U.S. protector with powers to make "substantial" decisions in trust administration and a provision that allows the trust to be subject to jurisdiction of a U.S. court.

Saggi

# Quando un trust è “sham”: brevi riflessioni su recenti sviluppi giurisprudenziali in Inghilterra e sull’isola di Jersey

di Alexandra Braun

SOMMARIO: § 1. Premessa. – § 2. La definizione di *sham* suggerita da Lord Justice Diplock. – § 3. Il caso *Midland Bank plc v Wyatt*. – § 4. La giurisprudenza di Jersey. – § 5. I precedenti inglesi più recenti. – § 6. Riflessioni conclusive.

## § 1. Premessa.

La parola “sham”, che nel linguaggio comune assume il significato di finzione, di inganno o di simulazione, non rappresenta in realtà un termine giuridico. Tuttavia, nel corso del secolo passato, questa espressione è stata impiegata nel campo giuridico al fine di invalidare negozi ed operazioni finanziarie o fiscali in cui non vi era una corrispondenza tra la volontà dichiarata e quella effettiva. Si è così iniziato a parlare di “sham transactions” o di “sham documents”, con il termine “sham” a qualificare la qualità o la natura dell’operazione o del documento di cui le parti non vogliono gli effetti normalmente prodotti.

Situazioni, queste, che noi ricondurremmo al dominio della simulazione. A tal proposito va tuttavia avvertito che la nozione di *sham* rappresenta solo una delle tante nozioni di cui gli inglesi si sono avvalsi nel trattare alcuni fatti che noi siamo soliti considerare sotto la voce “simulazione”(1). Inoltre, mentre in Italia il tema della simulazione è stato ampiamente dibattuto sia in dottrina che in giurisprudenza, in Inghilterra manca tuttora una vera teoria della simulazione(2). La giurisprudenza inglese è stata per molto tempo scarsa e i giudici, quando posti dinanzi a problemi che noi collocheremmo nel campo della simulazione, sono stati abituati a non trattare queste fattispecie in maniera unitaria. Essi hanno piuttosto affrontato la problematica a seconda dei contesti in cui si è verificata una divergenza tra dichiarazione e volontà. Nel campo del diritto dei contratti, ad esempio, ipotesi di simulazione sono state esaminate alla stregua di questioni relative alla prova del vero contenuto del contratto, all’illegalità del contratto o, quando sono coinvolti terzi, all’*estoppel*.

È solo negli ultimi due decenni che il concetto di

*sham* ha ricevuto reale attenzione da parte di giudici e giuristi inglesi, e ciò anche nel campo dei trust. Un fatto riconducibile in larga misura agli sviluppi che lo *sham* ha conosciuto sull’isola di Jersey. Mentre però a Jersey le corti tendono a seguire una linea uniforme, nel tentativo di precisare i caratteri della nozione giuridica di *sham*, in Inghilterra la giurisprudenza adotta posizioni divergenti. Le pagine che seguono mirano a tracciare il quadro che emerge dalla giurisprudenza inglese e da quella di Jersey, al fine di comprendere in che modo i giudici dei due paesi affrontino un tema così complesso e tuttora privo di un solido impianto teorico.

## § 2. La definizione di *sham* suggerita da Lord Justice Diplock.

Ad aver per la prima volta tentato di fornire una definizione giuridica del termine *sham* è stato Lord Justice Diplock, in una sentenza del 1967, *Snook v London and West Riding Investments Ltd.*(3), relativa ad un caso di *sale and lease back* che celava in realtà un mutuo assistito da garanzia reale. L’attore, il signor Snook, aveva ottenuto in *leasing* un’autovettura nuova, la proprietà della quale rimase alla finanziaria, la Tolley Investments Ltd. Pagate alcune rate del canone l’attore contattò una seconda società, la Auto Finance, attraverso la quale sperò di procurarsi del de-

### Note:

Alexandra Braun è Junior Research Fellow presso il St. John’s College di Oxford.

Il testo riproduce la relazione, con modificazioni, presentata al III Congresso Nazionale organizzato della’Associazione “Il trust in Italia” svoltosi a Roma il 21-23 ottobre 2005.

(1) Si pensi alla nozione di *pretence* recentemente impiegata nel campo dei contratti di locazione. Sul punto si veda, per tutti, S. Bright, *Beyond Sham and into Pretence*, [1991] 11 Oxford Journal of Legal Studies, 136.

(2) In questo senso, M. Graziadei, *Diritti nell’interesse altrui. Undisclosed agency e trust nell’esperienza giuridica inglese*, Trento, 1995, p. 276; M. Lupoi, *Trusts*, II ed., Milano, 2001, p. 171.

(3) *Snook v London and West Riding Investments Ltd.* [1967] 2 QB 786 (CA); in questa Rivista, 2006, 286.



naro liquido. Quest'ultima si dichiarò disponibile a saldare il debito con la prima ed erogò un mutuo. L'Auto Finance fece firmare all'attore un modulo relativo ad un nuovo contratto di *leasing*, nel quale non dichiarò però il valore del veicolo. Essa si mise poi d'accordo con la convenuta, la London and West Riding Investment Ltd., la quale finanziò il nuovo contratto di *leasing* pensando che la Auto Finance fosse la proprietaria della macchina e le avrebbe ceduto il diritto sul bene. Quando il signor Snook divenne inadempiente, la convenuta vendette l'automobile a terzi. A questo punto l'attore agì in giudizio per sentire dichiarare il proprio diritto sulla macchina sostenendo che il *sale and lease back* concluso con la convenuta nascondeva in realtà un mutuo assistito da garanzia reale. Egli sostenne quindi che l'operazione che aveva eseguito insieme all'Auto Finance e la London and West Riding Investment Ltd. era *sham*.

Mentre il giudice di primo grado accolse l'istanza dell'attore, Lord Justice Diplock e Lord Justice Russell (Lord Denning dissenziente) conclusero che l'operazione non era da considerarsi nulla. Prima di adottare tale decisione Lord Justice Diplock si domandò però quale concetto giuridico fosse effettivamente sotteso a questa espressione. Pur nutrendo dubbi circa la possibilità di cogliere un'accezione tecnica del vocabolo *sham* il Giudice propose una definizione che, nei quarant'anni da allora trascorsi, ha trovato ampia approvazione e applicazione nei più diversi campi del diritto, non soltanto inglese(4). A suo parere sono definibili "sham transactions" quegli "[...] 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"(5).

È perciò necessario, secondo Lord Justice Diplock, che gli atti compiuti siano posti in essere al fine di creare l'apparenza di un'operazione diversa da quella effettivamente voluta. Il giudice proseguì poi specificando che "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"(6).

Pertanto, affinché un'operazione possa essere con-

siderata *sham* tutte le parti del negozio devono aver inteso che gli atti o documenti non fossero fonte di quei diritti o di quelle obbligazioni che apparentemente creavano. Poiché tuttavia, nel caso concreto, i convenuti non erano stati partecipi della simulazione, Lord Justice Diplock e Lord Justice Russell respinsero la richiesta dell'attore, autore della stessa(7). Egli non poteva opporre la simulazione ai terzi che erano stati ingannati avendo fatto affidamento sull'apparenza da lui creata.

### § 3. Il caso *Midland Bank plc v Wyatt*.

La definizione che Lord Justice Diplock propose del termine *sham* venne successivamente impiegata non solo nel campo dei contratti e dei trasferimenti di proprietà(8), ma anche in quello dei trust, dove ha peraltro posto l'interprete dinanzi a molteplici difficoltà. Diversi furono gli aspetti che Diplock aveva ommesso di affrontare e che di conseguenza dovevano essere ancora definiti. Sussistettero ad esempio dubbi circa la necessità di dare prova, oltre che di una mancata corrispondenza tra volontà effettiva e volontà dichiarata, di un'intenzione delle parti di ingannare eventuali terzi. Non era chiaro se un'operazione potesse essere anche solo parzialmente *sham*. Furono inoltre incerti gli effetti che dallo *sham* discendono per le parti ed eventuali terzi.

Si pose poi soprattutto la difficoltà di applicare al campo dei trust una definizione coniata di fatto in relazione ad un negozio bilaterale. Lord Justice Diplock aveva, infatti, ritenuto che lo *sham* richiedesse il concorso di tutte le parti di un negozio. Come si concilia

#### Note:

(4) Si pensi, ad esempio, all'Australia. Sul punto rinviamo alla ricostruzione in J. Wadham - S. Walden (curr.), *Willoughby's Misplaced Trust*, II ed., Gostick Hall pub., 2002, p. 6 s.

(5) *Snook v London and West Riding Investments Ltd.* [*supra*, nota 3], a p. 802.

(6) *Snook v London and West Riding Investments Ltd.* [*supra*, nota 3], a p. 802.

(7) Lord Denning ritenne invece che la transazione era "sham". Egli sposò dunque la posizione adottata dal giudice di primo grado, senza tuttavia pronunciarsi sulla necessità o meno di una comune intenzione delle parti di creare un'apparenza. *Snook v London and West Riding Investments Ltd.* [*supra*, nota 3], a pp. 799-801.

(8) Sul punto D. Brownbill, *When is a sham not a sham?*, *Journal of International Trust and Corporate Planning*, 1993, 13, a p. 16; J. Mowbray - L. Tucker - N. Le Poidevin - E. Simpson (curr.), *Lewin on Trusts*, XVII ed., Londra, 2000, p. 79.

**Saggi**

questo requisito con il carattere unilaterale dell'atto istitutivo del trust? Questa domanda si è posta anche la Chancery Division nel primo precedente inglese<sup>(9)</sup> in cui si è parlato di *sham* in relazione ad un trust<sup>(10)</sup>. Il signor Wyatt, dirigente di azienda, e sua moglie erano proprietari della casa nella quale vivevano e sulla quale gravava un'ipoteca a garanzia di un mutuo bancario. Nel 1987 il signor Wyatt espresse l'intenzione di mettersi in proprio e sottoscrisse, insieme alla moglie, un atto istitutivo di trust avente per oggetto la casa. Costui e la moglie erano i trustee, mentre beneficiarie del trust erano la moglie e le figlie. Avviata una propria attività, il signor Wyatt ottenne dalla banca una linea di credito per la sua azienda, estendendo l'ipoteca già esistente senza tenere tuttavia in considerazione che la casa era stata nel frattempo posta in trust. Gli affari andarono male e la banca agì in giudizio al fine di recuperare il proprio credito. A quel punto Wyatt si oppose alla richiesta della banca sostenendo di essere in realtà trustee del bene a favore delle due figlie e della moglie. La banca asserì a sua volta che la dichiarazione di trust era nulla in quanto avrebbe costituito una *sham transaction*.

Nel decidere la controversia, Young, un Queens Counsel chiamato a sedere quale giudice della High Court, seppur operando un *distinguishing* nei confronti di *Snook v London West Riding Investments Ltd.*, fece leva sulle parole che Lord Justice Diplock aveva pronunciato in quella decisione e dichiarò l'atto istitutivo del trust *sham*, cioè nullo, e di conseguenza inopponibile alla banca. Nel fare ciò Young si pose, tra gli altri, il problema della natura unilaterale del negozio istitutivo di trust e cercò di collocare le parole di Lord Justice Diplock nel contesto in cui erano state pronunciate. Young rilevò, infatti, che esse erano riferite ad una situazione in cui erano stati pregiudicati i diritti di un terzo. Quando ciò accade, l'autore della simulazione non può opporre al terzo la simulazione a meno che anche quest'ultimo non ne sia stato a sua volta parte.

Young dichiarò poi di non comprendere le ragioni per le quali Lord Justice Diplock aveva affermato che tutte le parti dovevano avere un'intenzione comune. A suo parere la *common intention* non sarebbe un requisito indispensabile in ogni genere di affare. Un'operazione sarebbe *sham* anche quando, come nel caso in questione, solo una delle parti abbia avuto una simile intenzione (ovvero il signor Wyatt) e l'altra "went along with the "shammer" not either knowing or caring about what he or she was si-

gning"<sup>(11)</sup>. Colui che meramente segue il disponente nelle sue intenzioni sarebbe comunque parte dello *sham* e non potrebbe pertanto fare leva sui principî in materia di *estoppel*.

Il giudice stabilì dunque che non ci volesse una *common intention*. Egli espose inoltre che fosse necessaria la prova di un movente disonesto o fraudolento da parte dell'autore dello *sham*. A suo parere nel caso in questione la dichiarazione di trust sarebbe stata nulla anche qualora fosse stata eseguita sulla base di un *mistaken advice*<sup>(12)</sup>. Il Giudice precisò infine che, al fine di accertare la reale natura del negozio, è ammissibile tenere conto non soltanto delle circostanze presenti al momento dell'istituzione del trust (e quindi del fatto che la signora Wyatt non si fosse resa conto di cosa stesse firmando), ma anche del comportamento che il disponente aveva assunto nel periodo successivo<sup>(13)</sup>. Nel caso in questione il convenuto non aveva modificato il proprio comportamento in modo da manifestare la volontà di dare effetto alla suddetta dichiarazione. Al contrario, egli si era comportato come se il trust non esistesse. In considerazione di tali fatti il giudice aveva concluso che il disponente non aveva mai avuto l'intenzione di spogliarsi dei beni in favore della moglie e delle figlie, beneficiarie del trust. Il trust era perciò nullo.

#### § 4. La giurisprudenza di Jersey.

Qualche anno prima che si verificasse il caso *Midland Bank plc v Wyatt*, il quale ha suscitato in generale poca attenzione da parte degli studiosi del

##### Note:

(9) Da non dimenticare che vi furono alcuni casi australiani anteriori al precedente inglese in cui il concetto *sham* era stato impiegato in relazione ad un trust. Sul punto si veda J. Wadham - S. Walden (curr.), *Wilmoughby's Misplaced Trust* [*supra*, nota 4].

(10) *Midland Bank plc v Wyatt* [1995] 1 FLR 696 (Ch); in questa Rivista, 2003, 299.

(11) *Midland Bank plc v Wyatt* [*supra*, nota 10], a p. 699.

(12) *Midland Bank plc v Wyatt* [*supra*, nota 10], a p. 707. Laddove dichiara: "The fact that Mr Wyatt executed the deed with the benefit of legal advice from Mr Ellis does not in my view affect the status of the transaction. It follows that even if the deed was entered into without any dishonest or fraudulent motive but was entered into on the basis of mistaken advice, in my judgment such a transaction will still be void and therefore an unenforceable transaction if it was not intended to be acted upon but was entered into for some different or ulterior motive".

(13) Il Giudice si basò soprattutto sulle conclusioni che la House of Lords aveva raggiunto in un caso in cui si dovette distinguere un *lease* da una *licence*. *AG Securities v Vaughan; Antoniadis v Villiers* [1990] 1 AC 417 (HL).

trust(14), il concetto di *sham* aveva trovato impiego da parte dei giudici dell'isola di Jersey, dove è stato invocato nel celebre e dibattuto caso *Abdel Rahman v Chase Bank (CI) Trust Co Ltd.*(15). La controversia concerneva un trust regolato dalla legge di Jersey e avente quale trustee una *trust company*. Mogli e figli pretermessi dal disponente chiesero che il trust venisse dichiarato nullo, sulla base del fatto che il trustee non aveva avuto alcuna autonomia gestionale e seguiva regolarmente le istruzioni che gli trasmetteva il disponente. A parere degli attori, non solo si sarebbe verificata una violazione della massima del diritto consuetudinario "donner et retenir ne vaut", ma il trust sarebbe stato da considerarsi altresì *sham*.

In relazione a quest'ultimo punto, la Corte, senza comunque entrare nel merito di un'analisi della nozione di *sham* e della definizione datane anni prima da Lord Justice Diplock, accolse la richiesta dichiarando semplicemente che "The settlement was a sham in the sense that it was made to appear to be what it was not. The *don* was a *don* to an agent or nominee. The trustee was never made the master of the assets. Kar intended to and in fact retained control of the capital and income of the trust fund throughout his lifetime and used the trust and the deed of appointment made under the trust to make testamentary dispositions"(16).

Anche se la sentenza era incentrata soprattutto sulla violazione della massima "donner et retenir ne vaut", e la Royal Court non si era avventurata in alcun modo in un inquadramento teorico del problema, è in seguito a questa sentenza che il vocabolo *sham* è entrato nell'uso internazionale, avendo essa stimolato un dibattito fino a quel momento assente. Per la prima volta ci si interrogò sull'utilizzo da compiere della nozione di *sham*, nonché sulle condizioni in presenza delle quali un trust, pur presentando i necessari requisiti per una valida istituzione, possa essere successivamente invalidato(17). Ma il dibattito si esaurì presto e ciò anche a causa della mancanza di nuovi interventi da parte delle autorità giudiziarie.

Solo nel 2003 la Royal Court di Jersey ebbe nuovamente modo di tornare a pronunciarsi sulla questione, tra l'altro in occasione di uno dei molteplici procedimenti giudiziali intrapresi contro lo Sceicco Fahad(18). Diversamente però da quanto fece nel caso *Rahman*, stavolta la Corte si soffermò sull'analisi dello *sham* e sui requisiti dell'azione simulatoria(19). Sul punto la Corte giunse alla conclusione secondo

la quale: "[...] in order to succeed, the plaintiffs will need to establish that, as well as Sheikh Fahad, Abacus intended that the assets would be held upon terms otherwise than as set out in the trust deed or, alternatively, went along with Sheikh Fahad's intention to that effect without knowing or caring what it had signed, and that both parties intended to give false impression of the position to third parties or to the court"(20).

A parere della Corte, affinché il trust sia *sham* occorre che la parte attrice dia in primo luogo prova del fatto che sia il disponente, sia il trustee abbiano inteso dare luogo ad un'operazione che non riflette le loro reali intenzioni; oppure, in alternativa, che il disponente abbia avuto tale intenzione e che il trustee lo abbia semplicemente seguito senza sapere o curarsi di sapere cosa aveva sottoscritto. Sembrerebbe dunque che non sia necessaria un'intesa simulatoria, ma che sia sufficiente che soltanto una delle parti, ovvero il disponente, abbia avuto un'intenzione simulatoria. E sino a qui la Royal Court sposa perfettamente la posizione della Chancery Division in *Midland Bank plc v Wyatt*, di cui impiega tra l'altro le parole(21). La Royal Court aggiunse tuttavia che ai fini di un'azione simulatoria bisognava fornire altresì la prova che entrambe le parti abbiano inteso produrre una falsa impressione nei terzi. Verrebbe naturale chiedersi come sia possibile che un trustee possa avere l'intenzione di dare una falsa impressione sen-

**Note:**

(14) Fa eccezione M. Lupoi, *Trusts* [supra, nota 2], pp. 170-171.

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

(16) *Abdel Rahman v Chase Bank (CI) Trust Co Ltd.* [supra, nota 15], a p. 169.

(17) Si veda ad esempio D. Brownbill, *When is a sham* [supra, nota 8]; D. Hayton, *When is a trust not a trust?*, 1 *Journal of International Trust and Corporate Planning*, 3 (1992); J. Mowbray, *Offshore trusts: illusion and reality*, [1994] 8 *Trust Law International*, 68. Underhill - Hayton, *Law Relating to Trusts and Trustees*, XIV ed., Londra, 1992; P. Matthews, *How many shams make three?*, 4 *Trusts & Trustees*, 11 (1998).

(18) *Esteem Settlement, In re* [2003] JLR 188; in questa Rivista, 2004, 414.

(19) Per un commento alla sentenza si veda D. Hayton, *Shams, Piercing Veils, Remedial Constructive Trusts and Tracing*, 8 *Jersey Law Review*, 6 (2004) e M. Bridges, "Sham" e altri temi centrali del diritto dei trust nella sentenza "Grupo Torras", in questa Rivista, 2005, 384.

(20) *Esteem Settlement, In re* [supra, nota 18], a p. 224.

(21) Laddove parla di "went along with". Si veda infatti *Midland Bank plc v Wyatt* [supra, nota 10], a p. 699.

**S a g g i**

za al contempo avere anche un'intenzione simulatoria, come nel caso in cui egli si limiti semplicemente a seguire il disponente senza sapere cosa sta firmando. Ma su questo punto la Corte non fornisce ulteriori spiegazioni.

Ad ogni modo, può sembrare curioso che la Royal Court abbia richiesto la prova dell'intenzione di ingannare terze persone, considerato che in nessuno dei due precedenti concernenti un trust, ovvero *Rahman* e *Midland Bank*, i Giudici avevano fatto riferimento a tale requisito. Questo si spiega, tuttavia, avendo la Royal Court fatto leva sulle indicazioni espresse da Lady Justice Arden in *Hitch v Stone*, una sentenza della Court of Appeal inglese non relativa tuttavia ad un trust(22). In tale occasione Lady Justice Arden aveva precisato con riferimento alla celebre definizione di Lord Justice Diplock che, per poter parlare di *sham* le parti devono avere non solo inteso creare obbligazioni e diritti differenti da quelli che risultano dal documento, ma anche produrre negli altri una falsa impressione. Lady Justice Arden giustificò tale posizione fondandosi a sua volta sulle parole di Diplock laddove egli aveva parlato di un'intenzione di creare l'apparenza di diritti e obblighi diversi da quelli realmente voluti.

Sulla scia di queste due sentenze la Royal Court di Jersey si espresse dunque in favore della necessità di una "intention to mislead". Poiché tuttavia dai fatti era emerso che né il disponente, lo Sceicco Fahad, né il trustee, la Abacus Ltd., avevano avuto un'intenzione simulatoria, desiderando entrambi dare esecuzione ai termini dell'atto istitutivo, la Corte respinse l'azione, concludendo che nel caso in questione non potesse parlarsi di *sham*.

Il ragionamento della Royal Court in *In re Esteem Settlement* è stato poi approvato poco tempo dopo dalla stessa Corte in *MacKinnon v Regent Trust Company*(23). La controversia era incentrata proprio sui fatti di cui occorre dare prova ai fini di un'azione diretta ad invalidare un trust in quanto *sham*. L'attore, il figlio della disponente, aveva agito affermando che i tre trust istituiti da sua madre erano *sham* in quanto non riflettevano le sue vere intenzioni. Il trustee, una *trust company*, aveva eccepito che tale allegazione dovesse essere esclusa avendo l'attore omesso di allegare che la disponente aveva avuto l'intenzione di ingannare gli altri. Dopo un esame della precedente giurisprudenza inglese e quella di Jersey la Corte concluse sul punto che: "Applying a common sense approach to the matter, it is inherent in the esta-

ishment of a sham trust that the parties to the arrangement intend to mislead or deceive others. I do not think that *Esteem* was wrongly decided in this respect; in my judgment, such an intention is a necessary element of a sham trust. If the plaintiff is alleging sham he must plead an intention to mislead or deceive others"(24).

La Royal Court confermò, dunque, che ai fini di un'azione di *sham* è necessario dare la prova dell'intenzione del convenuto di ingannare terze persone, e non avendo l'attore formulato una simile accusa, la sua allegazione che il trust è *sham* non rappresentò, a parere della Corte, un ragionevole fondamento della propria azione. Il figlio ricorse in appello, ma la Court of Appeal di Jersey condivise l'approccio della Royal Court affermando a sua volta che: "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"(25).

Mentre però la Royal Court aveva parlato di una "intention to mislead e deceive", la Court of Appeal predilesse l'espressione "give a false impression" onde evitare una confusione con il "deceit", un *tort* inglese avente specifici requisiti(26).

## § 5. I precedenti inglesi più recenti.

Mentre la giurisprudenza di Jersey relativa ai

### Note:

(22) *Hitch v Stone (Inspector of Taxes)* [2001] EWCA Civ 63, [2001] STC 214 (CA).

(23) *MacKinnon v The Regent Trust Co Ltd.* [2004] JRC211; in questa Rivista, 2006, 268.

(24) *MacKinnon v The Regent Trust Co Ltd.* [*supra*, nota 23], paragrafo 22.

(25) *MacKinnon v The Regent Trust Co Ltd.* [2005] JCA066, paragrafo 15 s.

(26) *MacKinnon v The Regent Trust Co Ltd.* [*supra*, nota 23], paragrafo 19.

*sham trust* si è mossa verso una posizione che rende la prova della simulazione sempre più ardua, quella inglese assume una direzione ancora piuttosto incerta. Il primo caso inglese successivo a *Midland Bank v Wyatt* in cui è stata sollevata la questione se un trust fosse *sham* risale a tre anni fa. La controversia nacque in seguito al comportamento fraudolento che il signor Russo, di nazionalità italiana, aveva perpetrato nei confronti di varie persone e delle loro società di cui furono azionisti i signori Shalson (la parte attrice) e Mimran (uno dei convenuti nella causa).

Tra le varie azioni giudiziarie che i signori Shalson e Mimran avevano intentato nei confronti di Russo vi era quella volta a dichiarare *sham* un particolare *trust settlement* conosciuto quale “Brookscastle settlement”. Regolato dalla legge di Jersey, il “Brookscastle settlement” aveva avuto la funzione di *resettle* tre trust precedentemente istituiti dal signor Russo, di cui Cantrust CI, una *trust company* di Jersey, era trustee. Beneficiari erano alcuni parenti del signor Russo, tra i quali i suoi due fratelli e vari figli. Gli attori affermarono che il vero disponente del “Brookscaste settlement” era il signor Russo e che egli avesse inteso beneficiare solamente se stesso. Essi asserirono inoltre che Russo si era comportato come se i beni fossero ancora suoi, ovvero, come se non se ne fosse mai spogliato. Per questa ragione il trust sarebbe stato *sham* e perciò nullo.

La Chancery Division, ignorando del tutto l'unico precedente inglese sui trust, *Midland Bank plc v Wyatt*, e basandosi sostanzialmente sui precedenti *Snook e Hitch*, nessuno dei due invece – come si è più volte detto – in materia di trust, dichiarò di condividere la posizione che la Royal Court of Jersey aveva assunto in *In re Esteem Settlement* (nel frattempo pronunciata). Secondo Mr Justice Rimer, il quale non menzionò tuttavia la necessità di dare prova di una intenzione di ingannare o di creare una falsa impressione(27), la Corte di Jersey avrebbe dato una corretta interpretazione ai precedenti inglesi laddove aveva concluso che fosse necessario dare prova di una comune intenzione simulatoria delle parti(28).

Ciò risulta alquanto curioso considerato che lo stesso giudice fece rilevare che il “Brookscastle settlement” rappresentava un *resettlement* effettuato dal solo trustee, che il signor Russo non era stato parte dell'operazione e che le sue intenzioni non assumevano perciò rilievo. A riguardo il Giudice non diede tuttavia spiegazioni, passando invece all'argomento

secondo il quale il signor Russo si sarebbe sempre comportato come se fosse rimasto proprietario dei beni e il trustee si sarebbe meramente limitato a seguirne le indicazioni. A tal proposito Mr. Justice Rimer osservò che nel caso in questione sussistevano esempi positivi di ipotesi in cui il trustee aveva esercitato i suoi poteri in piena autonomia. La Cantrust (CI) Limited non aveva dunque agito seguendo esclusivamente le indicazioni del disponente. Il trustee avrebbe sin dagli inizi inteso assolvere le proprie funzioni così come previsto dall'atto istitutivo. La Corte respinse pertanto l'istanza di dichiarare il trust *sham*(29).

Mentre in *Shalson v Russo* del marzo del 2003 la Chancery Division aveva ritenuto che la “common intention” fosse un requisito indispensabile, in *Minwalla v Minwalla* del dicembre del 2004 la Family Division, aveva invece concluso che fosse sufficiente l'intenzione simulatoria del solo disponente purché il trustee fosse disposto a seguirlo nelle sue azioni(30). La causa nacque quando, in seguito alla crisi del matrimonio tra il signor e la signora Minwalla, il primo informò la moglie di essersi spogliato di tutti i beni che egli aveva posseduto in precedenza e di aver dato le dimissioni dai vari incarichi dai quali aveva percepito dei redditi. La moglie agì in giudizio e ottenne una *freezing injunction* che si estendeva anche a due società panamensi che erano coinvolte nell'acquisto della casa familiare. Il marito negò, tra le altre cose, di avere legami con le due società nel frattempo divenute oggetto di un trust, il Fountain Trust, regolato dalla legge di Jersey. La Family Division concluse, invece, che, contrariamente a quanto sostenuto dal marito, egli aveva in realtà mantenuto il pieno controllo sia sulle due società in questione, sia sul trust e che pertanto tale ultimo fosse da considerarsi *sham*.

Nel giungere alla sua conclusione, il Giudice Singer, senza tuttavia menzionare in alcun modo la sentenza *Shalson v Russo* – tanto da far pensare che non

Note:

(27) Malgrado ciò le corti dell'isola della Manica ritengono che la necessità di una simile prova sia implicita nelle parole del giudice inglese. In questo senso *Mackinnon v The Regent Trust Co Ltd* [supra, nota 23], paragrafo 22.

(28) *Shalson v Russo* [2005] EWHC 1637, [2005] Ch 281 (Ch), in questa Rivista, 2006, 275.

(29) *Shalson v Russo* [supra, nota 28], paragrafi 187-192.

(30) *Minwalla v Minwalla* [2005] 1 FLR 771 (FD); in questa Rivista, 2006, 230.

**S a g g i**

ne fosse nemmeno a conoscenza<sup>(31)</sup> – pronunciata pochi mesi prima dalla Chancery Division, fece leva sulle parole di Young in *Midland Bank* e su quelle di Lady Justice Arden in *Hitch v Stone* nella parte in cui essa dichiara che qualora il documento concerne più operazioni non occorre che l'intenzione simulatoria sia comune a tutte le parti<sup>(32)</sup>. Egli concluse quindi che è sufficiente l'intenzione simulatoria del disponente purché l'altra parte sia disposta a seguirlo senza sapere o curarsi di sapere cosa aveva sottoscritto<sup>(33)</sup>.

**§ 6. Riflessioni conclusive.**

Dalla ricostruzione sino a qui compiuta emerge come, pur prendendo le mosse dalla stessa definizione di *sham*, ovvero quella espressa da Lord Justice Diplock nel 1967, i giudici dell'isola di Jersey abbiano, in un tentativo volto a costruire questo concetto giuridico, assunto una posizione diversa da quella che parrebbe prevalere tra i giudici inglesi. E ciò anche se le corti dell'isola del Canale reputino che la loro posizione sia fondata sui precedenti inglesi<sup>(34)</sup>.

Secondo le corti di Jersey, chi vuole impugnare la validità di un trust in quanto *sham* deve dare prova, in primo luogo, di un'intenzione simulatoria comune a disponente e trustee. Egli dovrà inoltre dimostrare che entrambi abbiano avuto l'intenzione di ingannare terze parti. La disonestà del solo disponente, unitamente alla conoscenza o indifferenza da parte del trustee, non è sufficiente. Deve esservi dunque un'intesa simulatoria tra le parti finalizzata a trarre in inganno eventuali terzi. In Inghilterra, invece, non è necessario dare la prova di una simile finalità. Quanto all'elemento della *common intention*, ovvero quello dell'intesa simulatoria, manca ancora un orientamento unitario. In due recenti interventi, la Chancery Division e la Family Division hanno infatti adottato posizioni diametralmente opposte. Mentre secondo la prima sarebbe necessario dare prova di un'intesa simulatoria, ad avviso della seconda non occorre che il trustee abbia preso attivamente parte allo *sham* purché, a conoscenza delle intenzioni simulatorie del disponente, sia disposto a seguirlo rimanendo passivo nell'esercizio della propria attività.

Tra le due posizioni ci sembra preferibile quella della Family Division, in linea del resto con la decisione della Chancery Division in *Midland Bank*. Riteniamo, infatti, che le parole di Lord Justice Diplock siano da riferirsi a rapporti bilaterali e che non siano

da applicare rigidamente al negozio istitutivo del trust che ha carattere unilaterale<sup>(35)</sup>. Il trustee non è parte del negozio e pertanto la sua volontà non dovrebbe assumere rilevanza ai fini dello *sham*. Di fatto non è necessaria l'accettazione del trustee per avere un trust. Essa può non avere luogo o divenire inefficace per eventi successivi senza che ciò espliciti alcun effetto sull'istituzione del trust<sup>(36)</sup>.

Inoltre, qualora l'accordo simulatorio fosse un requisito indispensabile, le dichiarazioni di trust non potrebbero essere nulle in quanto *sham*. Eppure sappiamo che proprio nel modello del trust internazionale accade spesso che le *trust companies* si dichiarino trustee di beni che il disponente ha loro precedentemente trasferito, così che il disponente non compaia. Qui sì che la dichiarazione di trust non rispecchia le vere intenzioni del disponente e vi è un disegno alla base che mira ad ingannare eventuali terzi. Vedendo nella *common intention* un requisito indispensabile, simili situazioni rimarrebbero però fuori dal campo di applicazione dello *sham*. Che la definizione fornita da Diplock non dovesse trovare rigida applicazione ai trust è stato del resto sostenuto anche dalla Chancery Division in *Midland Bank plc v Wyatt*, una sentenza però spesso ignorata sia dalle corti di Jersey che dai giudici inglesi.

**Note:**

(31) Questa è per lo meno la paura espressa dalla Royal Court di Jersey in *In the Matter of CI Law Trustees Limited and Folio Trust Company Limited as Trustees of the Fountain Trust* [2005] JRC099, paragrafo 15; in questa Rivista, 2006, 263.

(32) *Hitch v Stone* [supra, nota 22], paragrafo 85: "In my judgment, the law does not require that in every situation every party to the act or document should be a party to the sham". A tal proposito è interessante notare come le parole di Lady Justice Arden siano state interpretate in maniera differente dalle corti di Jersey, come del resto anche dal giudice Rimer nel caso *Shalson v Russo* che le hanno lette in favore della posizione per cui sarebbe richiesta una *common intention*.

(33) *Minwalla v Minwalla* [supra, nota 30], paragrafi 53-60.

(34) Va qui infatti ricordato come qualche mese fa la Royal Court decise in *In the Matter of CI Law Trustees Limited and Folio Trust Company Limited as Trustees of the Fountain Trust* [supra, nota 31] di dare esecuzione alla decisione della Family Division inglese in *Minwalla v Minwalla*. Nel farlo la Royal Court sottolineò tuttavia di non condividere l'approccio della corte inglese in relazione allo *sham*. Essa ritenne, inoltre, che essendo il trust oggetto della controversia un trust di Jersey, la questione doveva essere risolta in applicazione non già del diritto inglese, bensì del diritto di Jersey, che è diverso sul punto.

(35) In questo senso anche J. Mowbray – L. Tucker – N. Le Poidevin – E. Simpson (curr.), *Lewin on Trusts* [supra, nota 8], p. 80 s.

(36) Underhill – Hayton, *Law Relating to Trusts and Trustees*, XVI ed., Londra, 2003, p. 144.

Tornando invece all'orientamento delle corti di Jersey, le quali sembrano voler enfatizzare l'elemento consensuale dello *sham*, vi sono alcune riflessioni che occorre svolgere. I casi in cui lo *sham argument* è stato invocato in relazione ad un trust sono stati tutti casi in cui era presente un qualche elemento di contrattazione. Trustee erano, infatti, *trust companies*, società che, come risaputo, assistono il cliente già nell'istituzione e non solo nella gestione del trust. In questi casi il rapporto tra disponente e trustee diviene contrattuale. Bisogna allora forse chiedersi se la posizione delle corti dell'isola del Canale della Manica sia legata a questa emergente contrattualità del trust che è ravvisabile soprattutto nei paesi che appartengono al "modello internazionale"(37). Essa potrebbe essere poi dettata anche dal timore che trust inizialmente validi vengano successivamente dichiarati *sham* e perciò nulli. Sta di fatto che, essendo necessario dare prova di un accordo simulatorio, chi intende impugnare la validità di un trust in quanto *sham* si trova dinanzi ad un compito assai arduo.

Ad ogni modo, sia in Inghilterra che sull'isola del Canale il cuore dello *sham* sembrerebbe essere rappresentato dal fatto che il *trust document* non corrisponde alle vere intenzioni del disponente in quanto "made to appear what it was not"(38). Tale situazione è diversa da quella in cui il disponente si riserva troppi poteri nell'atto istitutivo. Qui ci troviamo dinanzi ad un trust nudo in favore del disponente. Altro è, invece, il caso in cui il documento non parla di questi poteri, ma il disponente si comporta come se il trust non esistesse, mantenendo il controllo effettivo sui beni in trust(39). In simili circostanze i giudici potrebbero concludere che, per finalità più diverse, il disponente non abbia mai inteso dare attuazione all'atto istitutivo, e quindi spogliarsi dei beni in favore dei beneficiari.

A questo punto sorge però spontanea una riflessione. Se quanto rileva è veramente che il disponente abbia avuto una *genuine intention*, per quale ragione i giudici tengono in considerazione prevalentemente il comportamento successivo all'istituzione del trust? In tutti i casi sopra menzionati i giudici avevano valutato l'atteggiamento che il disponente e il trustee avevano adottato nel corso della vita del trust. Non sarebbe invece più giusto tenere conto delle circostanze antecedenti al momento dell'istituzione del trust? I giudici, e ciò vale per l'Inghilterra tanto quanto per l'Isola di Jersey, danno effettivamente rilievo al processo volitivo, oppure è il com-

portamento durante la vita del trust a costituire l'elemento realmente rilevante?

Tra l'altro, se il nucleo della *sham transaction* consiste davvero nella mancata coincidenza tra volontà dichiarata e quella effettiva, la nozione di *sham* potrebbe e dovrebbe essere impiegata tutte le volte in cui c'è una mancata corrispondenza tra la volontà dichiarata e quella effettiva. Come ad esempio nel caso in cui il disponente indica dei beneficiari che egli non intende in realtà beneficiare(40).

Già da queste brevi riflessioni emerge dunque come siano ancora diversi gli aspetti privi di una risposta sicura. Non può pertanto negarsi che il concetto *sham* assuma tuttora una fisionomia piuttosto indefinita e come vi sia bisogno di una elaborazione dottrinale che sino ad oggi è praticamente mancata(41).

**Note:**

(37) M. Lupoi, *Trusts* [supra, nota 2], pp. 169-175.

(38) Queste le parole della Royal Court di Jersey nel caso *Abdel Rahman v Chase Bank (CI) Trust Co Ltd.* [supra, nota 15].

(39) In questo senso anche R. Ticehurst, *Who pulls the strings?*, *Trusts and Estates Law & Tax Journal*, 2005, p. 18.

(40) Si pensi ad esempio ai cosiddetti "Red Cross Trusts", ovvero trust discrezionali in cui la Croce Rossa Internazionale è indicata come beneficiario, ma il disponente non ha mai inteso beneficiarla. Sul punto, P. Matthews, *The Black Hole Trusts – Uses, Abuses and Possible Reforms: Part 1*, *Private Client Business*, 2002, 1, p. 42.

(41) Per un tentativo di distinguere *sham trust* da altre fattispecie, si veda P. Matthews, *How many shams* [supra, nota 17].

Saggi

# Amministrazione di sostegno, interdizione, trust: spunti per un confronto

di Maria Rosa Spallarossa

**SOMMARIO:** § 1. La protezione delle persone in tutto o in parte prive di autonomia, finalità delle misure previste dalla legge 9 gennaio 2004, n. 6. – § 2. L'amministrazione di sostegno e l'interdizione. – § 3. L'amministrazione di sostegno come misura di protezione per persone tendenzialmente capaci: le prime applicazioni. Il ruolo residuale dell'interdizione. – § 4. Il trust per la protezione di soggetti deboli: a) i soggetti del trust; b) il patrimonio separato. – § 5. Il procedimento per l'amministrazione di sostegno: l'accertamento dell'infermità o menomazione fisica o psichica; l'accertamento del nesso causale tra infermità e impossibilità di provvedere ai propri interessi; il coordinamento tra giudice, operatori sanitari, operatori sociali. – § 6. L'atto istitutivo del trust. – § 7. L'amministratore di sostegno, il tutore, il trustee (e il guardiano): l'ufficio, le facoltà e i doveri ad esso connessi, le responsabilità. – § 8. La persona priva di autonomia ed i suoi familiari: i bisogni attuali ed i bisogni proiettati nel futuro: il ruolo dell'amministratore di sostegno e del trustee. – § 9. Le criticità dell'amministrazione di sostegno; il ricorso al trust.

## § 1. La protezione delle persone in tutto o in parte prive di autonomia, finalità delle misure previste dalla legge 9 gennaio 2004, n. 6.

La legge 9 gennaio 2004, n. 6 ridisegna le misure di protezione di persone prive di autonomia o a ridotta autonomia, con l'introduzione dell'amministrazione di sostegno e con la modifica di interdizione e di inabilitazione. Le finalità che ne sono poste alla base, che si riferiscono all'intero sistema delle norme di protezione dei disabili(1) sono: tutelare, con il minor sacrificio possibile della capacità, le persone in tutto o in parte prive di autonomia nelle funzioni della vita quotidiana, con interventi di sostegno temporaneo o permanente. In sostanza il sistema coordina protezione della persona e graduale introduzione di misure di protezione che ne rispettino le abilità specifiche(2). E la protezione può essere ri-

chiesta sia dalla persona perfettamente autonoma, per eventuali sue future disabilità, sia a favore di chi è parzialmente o totalmente privo di autonomia, per la cura della persona e/o per la gestione del suo patrimonio.

Una prima domanda che ci si pone è se, tra gli strumenti utilizzabili per la protezione di soggetti deboli, l'amministrazione di sostegno sia destinata a sostituire le altre misure di protezione e, in caso positivo, se incontri limiti attuativi.

## § 2. L'amministrazione di sostegno e l'interdizione.

Tra le misure di protezione delle persone in tutto o in parte prive di autonomia, l'*amministrazione di sostegno* è stata quasi unanimemente approvata per le sue caratteristiche di flessibilità, di proporzionalità, di adattabilità alle diverse situazioni, per la centralità riservata alla persona(3). Da più parti si è espresso l'auspicio di una disapplicazione progressiva dell'interdizione, del passaggio da un regime giuridico con effetto "ingessante"(4), ad un regime flessibile. Le critiche rivolte dalla dottrina alla conservazione del-

### Note:

Maria Rosa Spallarossa è ricercatore confermato dell'Università di Genova.

(1) A. Venchiarutti, Gli atti del beneficiario dell'amministrazione di sostegno. Questioni di validità, in G. Ferrando (cur.), *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, Milano, 2005, p. 162; S. Patti, *La nuova misura di protezione*, ivi, p. 109 e Id., *Una nuova misura di protezione della persona*, *Famiglia*, 2005, 225.

(2) A. Venchiarutti, *Gli atti del beneficiario* [supra, nota 1], p. 162; P. Pazé, *L'amministrazione di sostegno*, consultabile sul sito Internet di "Altalex" all'indirizzo <http://www.altalex.com>, n. 1.2.

(3) G. Zancan, *Intervento*, in S. Patti (cur.), *La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione*, *Famiglia*, Quaderni, Milano, 2002, p. 3; S. Patti, *Introduzione*, ivi, p. 19. *L'amministrazione di sostegno è definita una scelta di libertà dell'interessato*: G. Bonilini – A. Chizzini, *L'amministrazione di sostegno*, Padova, 2004, p. 18.

(4) E. Carbone, *Libertà e protezione nella riforma della incapacità di agire*, *Nuova giur. civ.*, 2004, 550.



lo strumento dell'interdizione hanno assunto toni molto accesi. Si è scelta una "parola d'ordine": proteggere senza interdire(5), cioè preferire un regime di sostegno, anche nelle situazioni disperate.

Ritengo che l'amministrazione di sostegno rappresenti uno strumento di effettiva protezione nella maggior parte delle situazioni di ridotta autonomia della persona(6), strumento in qualche misura "contrattato", cioè deciso attraverso il convincimento della persona, in un progetto che prevede il concorso della persona del beneficiario, senza coartarne la volontà(7), ma ritengo che, in via residuale, conservi valore, proprio come misura di protezione della persona disabile psichica, il rinnovato strumento della interdizione, strumento rigido che, per il carattere di protezione "imposta" alla persona e per i tempi lunghi richiesti per la sua adozione e per la sua eventuale revoca(8), è da assumere con grande ponderazione.

Da un breve riscontro del dato normativo pare emergere che la persona, cui è diretta la misura di protezione dell'amministrazione di sostegno, è persona fragile ma "tendenzialmente capace"(9). E la misura di protezione determina una "incapacitazione" del beneficiario limitatamente agli atti compiuti dall'amministratore di sostegno in sua rappresentanza o per sua assistenza. Certamente l'amministrazione di sostegno è misura idonea per un soggetto "indebolito" dalla mancanza di servizi (secondo la locuzione di Cendon(10)), che necessita di "sostegno", cioè di integrazione di una capacità di regola presente, di un supporto all'autonomia, della quale la persona non è del tutto priva. Il problema che si pone è se anche nei casi nei quali la persona difetta quasi completamente di autonomia l'amministrazione di sostegno sia mezzo adeguato di protezione.

### § 3. L'amministrazione di sostegno come misura di protezione per persone tendenzialmente capaci: le prime applicazioni. Il ruolo residuale dell'interdizione.

Le disposizioni sembrano indicare senza equivoci uno spartiacque(11) tra soggetti tendenzialmente capaci (destinatari delle norme sull'amministrazione di sostegno in quanto, per una infermità fisica o psichica, si trovano nell'impossibilità, anche temporanea, di provvedere ai propri interessi(12)), ma in linea di principio conservano la capacità nell'esercizio dei propri diritti, e soggetti incapaci di provvedere ai propri interessi (destinatari delle norme sull'interdizio-

ne, le quali richiamano ancora all'abituale infermità di mente(13), oltre che alla incapacità di provvedere ai propri interessi(14)). Dal coordinamento di alcune disposizioni mi pare risulti definito con confini netti il profilo di un beneficiario dell'amministrazione di sostegno come soggetto che, pur nell'impossibilità a provvedere ai propri interessi, a relazionarsi con altri, determinata da menomazione fisica o psichica,

#### Note:

(5) P. Cendon, Un altro diritto per i soggetti deboli. L'amministrazione di sostegno e la vita di tutti i giorni, in G. Ferrando (cur.), L'amministrazione di sostegno [supra, nota 1], p. 54; E. Carbone, Libertà e protezione nella riforma dell'incapacità di agire [supra, nota 4], p. 556.

(6) Una flessibilità che ben risponde alle esigenze di protezione nelle ipotesi di disabilità che costituiscano non uno status, ma un processo segnato da gradualità ed oscillazioni, anche con riferimento ad uno stesso soggetto, tra fasi evolutive od involutive, un percorso che si collochi tra i due estremi, di una cronicizzazione, con grave deterioramento cognitivo e rilevante disabilità, da un lato, e una condizione accettabile, con lieve disabilità, dall'altro.

(7) Definito "progetto di sostegno esistenziale" da S. Trentanovi, La protezione delle persone prive di autonomia, introduzione, consultabile sul sito Internet di "Altalex" all'indirizzo <http://www.altalex.com>.

(8) P. F. Peloso - L. Ferrannini, Sofferenza psichica e amministrazione di sostegno, in G. Ferrando (cur.), L'amministrazione di sostegno [supra, nota 1], p. 74; G. Bonilini - A. Chizzini, L'amministrazione di sostegno [supra, nota 3], p. 12.

(9) P. Cendon, Le origini dell'amministrazione di sostegno, in Id. (cur.), Persona e danno, II, Lo statuto del danno biologico. Diritto e follia. La disciplina del danno esistenziale, Milano, 2004, p. 1403, sottolinea che il beneficiario dell'amministrazione di sostegno non è, a differenza dell'interdetto, un incapace legale.

(10) P. Cendon, Un altro diritto per i soggetti deboli [supra, nota 5], p. 44 s.

(11) Uno spartiacque diverso da quello che, prima della riforma, segnava una rigida "categorizzazione giuridica" delle persone tra infermi di mente totali o parziali (gli interdetti e gli inabilitati) e tutti gli altri e che coincideva con le concezioni psichiatriche che "rinchiudevano i malati di mente, perché disturbanti o incapaci di badare a se stessi, nei manicomi, dividendoli dalle persone sane, che stavano fuori": P. Pazé, L'amministrazione di sostegno a confronto con gli istituti tradizionali dell'interdizione e dell'inabilitazione, in G. Ferrando - G. Visintini (curr.), Follia e diritto, Torino, 2003, p. 75.

(12) P. Pazé, L'amministrazione di sostegno [supra, nota 2].

(13) La normativa novellata conserva, infatti, il riferimento per l'interdizione alla "abituale" infermità di mente, che gli psichiatri considerano una vera e propria incongruenza (v. P. F. Peloso - L. Ferrannini, Sofferenza psichica e amministrazione di sostegno [supra, nota 8], p. 71 s.). Per una considerazione critica sul ritardo di una modifica della disciplina privatistica degli infermi di mente dopo la riforma del sistema di cura dei sofferenti psichici (l. 13 maggio 1978 n. 1978), e per l'attesa risposta sull'amministrazione di sostegno, v. A. Venchiarutti, Verso una disciplina dell'incapacità mentale nel diritto privato, in P. Cendon (cur.), Persona e danno [supra, nota 9], p. 1353 s. e p. 1377 s.

(14) Sulla connessione tra interdizione e situazione generale di incapacità, da un lato, e amministrazione di sostegno e situazione di capacità, dall'altro, v. G. Ferrando, Introduzione, in G. Ferrando (cur.), L'amministrazione di sostegno [supra, nota 1], p. 4.

**Saggi**

di regola, è per l'ordinamento *tendenzialmente capace*(15). Anzitutto, con riferimento rispettivamente al contenuto del decreto di nomina dell'amministratore di sostegno ed agli effetti dell'amministrazione di sostegno (artt. 405, V comma, nn. 3, 4 e 409, I comma, cod. civ.), si richiede l'individuazione precisa e puntuale degli atti che l'amministratore di sostegno può compiere in nome e per conto del beneficiario e degli atti che il beneficiario può compiere ed in relazione ai quali ne sono conservate e valorizzate le *capacità*. Non mi sembra forzatura del dato legislativo una lettura che parta da questa interpretazione dell'art. 409 cod. civ.: tenute presenti le finalità della legge, il beneficiario dell'amministrazione di sostegno è persona che ha "capacità di agire" e la conserva per tutti gli atti che non sono indicati, nel decreto di nomina dell'amministratore di sostegno, tra quelli che ne richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria, con una limitata "incapacitazione" della persona. Inoltre il beneficiario dell'amministrazione di sostegno può *in ogni caso* compiere gli atti necessari a soddisfare *le esigenze della propria vita quotidiana*, gli atti della microcontrattualità(16), gli atti personalissimi. Inoltre tra i doveri dell'amministratore di sostegno (art. 410, I comma cod. civ.) è indicato quello di tener conto dei bisogni (accertabili anche oggettivamente) e delle *aspirazioni* del beneficiario (che devono essere manifestate dal beneficiario) così rilevanti che, nel caso in cui l'amministratore non ne tenga conto, la legge può ritenersi violata anche in assenza di un conflitto di interessi (art. 412 cod. civ.). E tra i doveri dell'amministratore di sostegno (art. 410, II comma cod. civ.) è posto anche quello di *informare tempestivamente* il beneficiario, di consultarlo per il compimento di atti, di raccogliere la sua *opinione*, tanto che in caso di dissenso, di contrasto tra amministratore di sostegno e beneficiario, dovrà essere informato il giudice tutelare. Nell'ambito del procedimento (art. 407 cod. civ.), il giudice tutelare deve sentire *personalmente* la persona cui si riferisce il procedimento e tener conto, compatibilmente con gli interessi e le esigenze di protezione della persona, dei bisogni (accertabili oggettivamente) e delle *richieste* (che devono essere espressione della volontà) della persona. Infine la persona beneficiaria dell'amministrazione di sostegno è tra i soggetti legittimati a richiedere direttamente al giudice tutelare misure personalizzate di protezione, sia direttamente l'amministrazione di sostegno, sia, congiuntamente con questa, la revoca

dell'interdizione (art. 406 cod. civ.). L'amministrazione di sostegno non priva la persona beneficiaria della capacità di agire, ma può incidere su di essa attraverso limitazioni o decadenze (art. 411, ultimo comma cod. civ.) stabilite espressamente nel decreto di nomina o in un provvedimento successivo.

Le prime applicazioni hanno avuto come destinatarie del provvedimento persone anziane o in una prima fase del processo di perdita progressiva di autonomia, con manifestazione di ridotto orientamento spazio – temporale(17), o impossibilitate ad espletare alcune funzioni della vita quotidiana e a gestire un modesto patrimonio(18). Destinataria è stata anche la persona con una patologia o una menomazione intellettuale (per esempio conseguente ad *ictus* o ad emorragia cerebrale(19)) che ne abbia determinato l'impossibilità di manifestare all'esterno la propria volontà. In tutti i casi riconducibili ad infermità o menomazione psichica o a disabilità intellettuale il provvedimento di nomina dell'amministratore di sostegno può rappresentare lo strumento più idoneo per

**Note:**

(15) La legge conserva per l'interdizione il riferimento alla categoria dell'incapacità del soggetto di provvedere ai propri interessi, mentre per l'amministrazione di sostegno fa riferimento alla impossibilità della persona di provvedere ai propri interessi. Analogamente a quanto si sta verificando nell'ambito del diritto minorile, dove da tempo è messa in discussione la distinzione tra le categorie della capacità o incapacità del soggetto, e si ritiene preferibile il riferimento a categorie più idonee a definire la situazione, come la capacità di discernimento o l'autodeterminazione o maturità del soggetto (v. F. Giardina, La maturità del minore nel diritto civile, in Aa. Vv., Giustizia minore? La tutela giurisdizionale dei minori e dei "giovani adulti", Nuova giur. civ., 2004, 95), così con riferimento all'amministrazione di sostegno la legge sembra tener conto delle critiche a concetti da "ripulire" (sul punto P. Zatti, Oltre la capacità di intendere e di volere, in G. Ferrando – G. Visintini (cur.), Follia e diritto [supra, nota 11], p. 49 s. e v. G. Visintini, Incapacità di intendere e di volere: dai dogmi della tradizione alle nuove regole, in G. Ferrando (cur.), L'amministrazione di sostegno [supra, nota 1], p. 11 s.; G. Lisella, I poteri dell'amministratore di sostegno, in G. Ferrando (cur.), L'amministrazione di sostegno [supra, nota 1], p. 115 s., in particolare p. 129 s.) ed utilizzare espressioni non tecniche: del beneficiario sono rilevanti i desideri, i bisogni, le aspirazioni (v. S. Patti, Introduzione [supra, nota 3], p. 19 s.; F. Ruscello, "Amministrazione di sostegno" e tutela dei "disabili". Impressioni estemporanee su una recente legge, Studium iuris, 2004, 153).

(16) E. Carbone, Libertà e protezione nella riforma dell'incapacità di agire [supra, nota 4], a p. 556 s.

(17) Trib. Modena, Giudice Tutelare, 22 febbraio 2005; Trib. Genova, Giudice Tutelare, 3 marzo 2005, consultabili sul sito Internet di "Filodiritto" all'indirizzo <http://www.filodiritto.com>.

(18) Trib. Modena, Giudice Tutelare, 24 febbraio 2005, consultabile sul sito Internet di "Filodiritto" all'indirizzo <http://www.filodiritto.com>; Trib. Pinerolo, Giudice Tutelare, 4 novembre 2004; Trib. Modena, Giudice Tutelare, 22 febbraio 2004.

(19) Trib. Roma, Giudice Tutelare, 28 gennaio 2005, consultabile sul sito Internet di "Altalex" all'indirizzo <http://www.altalex.com>.

un intervento per quanto possibile personalizzato(20). Nella prassi è stata decisa la misura dell'amministrazione di sostegno anche in casi di persona con grave deterioramento delle condizioni fisiche e con un patrimonio di non rilevante consistenza da amministrare, in presenza di un familiare che abbia con la persona una valida relazione e sia in grado di sostenerla adeguatamente(21). In tutti questi casi il provvedimento di nomina dell'amministratore di sostegno rappresenta lo strumento più idoneo per un intervento quanto più possibile personalizzato.

E un amministratore di sostegno, nella persona di un figlio, è stato nominato anche per anziani affetti dal morbo di Alzheimer(22), da demenza senile(23) e da arteriosclerosi diffusa, con patrimonio costituito dalla casa di abitazione e dalla pensione sociale(24).

Nella maggior parte delle ipotesi l'amministrazione di sostegno manifesta grande flessibilità, ma in questa risiede anche un limite dello strumento. Si pone infatti il problema se siano applicabili a questa misura di protezione quelle disposizioni del codice civile che fanno genericamente riferimento alla incapacità di agire del soggetto o che richiedono, nell'ambito dell'interdizione, l'autorizzazione per il compimento dell'atto. Con riferimento a quest'ultimo quesito si dovrà verificare caso per caso, ai fini dell'applicabilità delle disposizioni medesime, se l'atto rientri tra quelli che nel decreto sono previsti come atti che devono essere compiuti dall'amministratore per rappresentanza o assistenza, e, come tali, implicitamente autorizzati; ma altri ritiene che per il compimento di atti eccedenti l'ordinaria amministrazione occorra sempre l'autorizzazione del giudice tutelare. Inoltre un eventuale dissenso del beneficiario relativamente agli atti compiuti dall'amministratore di sostegno può rendere necessario un ricorso al giudice tutelare. E, comunque, in ogni caso, si pongono problemi circa l'affidamento dei terzi e la sicurezza dei traffici: infatti il terzo potrebbe non percepire il disagio psichico di chi contratta con lui ed il terzo, che sia a conoscenza della misura protettiva, deve esaminare il contenuto del decreto di nomina per controllare l'area di incapacità del beneficiario della misura(25). Inoltre se l'amministrazione del patrimonio sia di una certa consistenza o presenti una certa complessità (per contrasti all'interno della famiglia oppure nelle ipotesi nelle quali sia conferita ad una persona estranea alla famiglia) l'interdizione, decisa per la protezione della persona, non per favorire interessi dei familiari(26), potrebbe offrire maggiori garanzie processuali (collegialità del prov-

vedimento, rappresentanza del difensore in giudizio, obbligo di inventario)(27).

Nel quadro complessivo delle misure di protezione dei soggetti privi di autonomia l'*interdizione*, da più parti vista ancora oggi con la connotazione negativa che ne ha accompagnato la sua applicazione, deve essere in qualche modo riconsiderata, in positivo, nelle ipotesi di *inidoneità* dell'amministrazione di sostegno, tra le *misure* per una *protezione adeguata*, con la *minore limitazione possibile della capacità di agire* (art. 414 cod. civ.). E l'autorità giudiziaria può stabilire, nel provvedimento di interdizione o in altri provvedimenti successivi, che alcuni atti di ordinaria amministrazione possano essere compiuti dall'interdetto senza l'intervento del tutore o con l'assistenza del tutore (art. 427, I comma cod. civ.). Quindi una apertura a non lasciar cadere, ma a valorizzare ogni sia pur limitata espressione di autonomia della persona. Certamente i redattori della legge hanno perso un'occasione (ma, per alcuni, essi hanno volutamente optato per configurare l'interdizione come istituto destinato a cadere in desuetudine(28)) per articolare meglio la normativa sull'in-

#### Note:

(20) Ma Trib. Milano, 21 marzo 2005, non pubblicata, ha ritenuto non l'amministrazione di sostegno, ma l'interdizione, misura di protezione idonea per una persona fragile, vulnerabile nei confronti dei terzi, affetta da grave disturbo *borderline* di personalità, con conseguente incapacità di assumere decisioni rilevanti per la propria vita e per il proprio patrimonio.

(21) Trib. Roma, 10 gennaio 2005, consultabile sul sito Internet di "Altalex" all'indirizzo <http://www.altalex.com>.

(22) Trib. Genova, Giudice Tutelare, 16 gennaio 2005, non pubblicata.

(23) Trib. Modena, Giudice Tutelare, 15 novembre 2004, Guida al diritto, 2004, 50, 62; per un alcolista affetto da demenza senile, per il quale non è prevedibile una futura regressione dell'infermità, v. Trib. Genova, Giudice Tutelare, 14 gennaio 2005, non pubblicata.

(24) Trib. Palmi, Giudice Tutelare, 24 maggio 2004; Trib. Modena, 15 novembre 2004 [*supra*, nota 23], che trasmette al Giudice Tutelare gli atti, pervenuti per un ricorso di interdizione, ai fini della nomina di un amministratore di sostegno.

(25) S. Delle Monache, Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale, Nuova giur. civ., 2004, 21, a p. 57.

(26) V. G. Bonilini - A. Chizzini, L'amministrazione di sostegno [*supra*, nota 3], p. 12 s. e p. 47 s.

(27) G. Ferrando, Introduzione, in G. Ferrando (cur.), L'amministrazione di sostegno [*supra*, nota 1], p. 6. Certamente l'amministrazione di sostegno è "strumento di maggiore impaccio" per i terzi: in questo senso v. G. Bonilini - A. Chizzini, L'amministrazione di sostegno [*supra*, nota 3], p. 19 e p. 25.

(28) E v. la previsione di A. Venchiarutti, La protezione civilistica del sofferente psichico, in G. Ferrando - G. Visintini (curr.), Follia e diritto [*supra*, nota 11], p. 92, che vedeva nell'amministrazione di sostegno lo strumento principale per fornire uno scudo giuridico a soggetti bisognosi di protezione.

**S a g g i**

terdizione e per precisare, anche in relazione a questa misura di protezione, la rilevanza di un'attenzione alla persona disabile, oltre che alla gestione del suo patrimonio: i doveri del tutore sono ancora rimasti, nella lettera della legge, prevalentemente ancorati alla cura del patrimonio (artt. 424 e 357 s. cod. civ.). Anche per questa configurazione dell'interdizione, soprattutto per la sua conservata chiusura verso l'ammissione del disabile psichico al compimento degli atti personalissimi(29), nella dottrina si ritiene si debba privilegiare l'amministrazione di sostegno.

Comunque la riforma sembra protesa verso una "nuova cultura" dell'interdizione(30), in un sistema complessivo di misure di protezione delle persone in tutto o in parte prive di autonomia, nel quale si coglie il passaggio da una *logica attenta al patrimonio* ad una *logica attenta alla persona*, ad una logica cioè che porti a *considerare le situazioni patrimoniali anche in via strumentale rispetto alle situazioni di natura personale*, esistenziale(31).

Così quando il ricorso all'amministrazione di sostegno si riveli una via non percorribile per persone che necessitano non di un *sostegno*, ma di una *sostituzione* nei più elementari atti della vita quotidiana (soprattutto nelle ipotesi nelle quali sono richiesti complessi atti di organizzazione della persona e di gestione del suo patrimonio, o importanti decisioni sulla prosecuzione di un'attività imprenditoriale(32)), si può far ricorso ad un tutore, che protegga adeguatamente la sua persona ed il suo patrimonio, in funzione della cura della persona. D'altra parte non si può escludere a priori un ricorso per amministrazione di sostegno anche per una persona che abbia una psicopatologia grave, per la quale non si possano prevedere miglioramenti, se la persona possa contare su una valida ed efficiente relazione familiare, sia sul piano della cura della persona, sia sul piano della amministrazione del suo patrimonio.

La pur incompiuta revisione legislativa dell'interdizione non sembra porti alla conseguenza di una lettura negativa della misura dell'interdizione: anche il tutore deve essere scelto con *esclusivo riguardo* alla *cura* ed agli *interessi* della persona del beneficiario (artt. 408 e 424 cod. civ.), deve inoltre tener conto dei suoi *bisogni* (art. 410 cod. civ.). È previsto un *controllo* che il *giudice tutelare* (art. 44 disp. att. cod. civ.) esercita sul tutore, come sull'amministratore di sostegno, attraverso la richiesta di informazioni, chiarimenti, notizie sulla gestione della tutela o attraverso la richiesta di informazioni relative agli interessi morali e patrimoniali del beneficiario. Il tutore che abbia compiti di amministrazione del patrimonio è tenuto alla re-

golare contabilità, al rendiconto annuale e finale (artt. 380, 385 cod. civ.) ed è responsabile per i danni causati dalla violazione dei propri doveri (art. 382 cod. civ.). Né è più giustificato un attacco contro l'interdizione che "stigmatizza", con riferimento alla *pubblicità dei provvedimenti* relativi alla tutela, in quanto c'è una assoluta analogia tra le forme di pubblicità richieste per i diversi strumenti (artt. 408 e 49 *bis* disp. att. cod. civ.; artt. 423 e 42, 48 disp. att. cod. civ.).

#### **§ 4. Il trust per la protezione di soggetti deboli: a) i soggetti del trust; b) il patrimonio separato.**

Se l'amministrazione di sostegno, misura di protezione di grande flessibilità e idonea a rispondere ai bisogni, alle aspirazioni, alle esigenze di soggetti a ridotta autonomia, può incontrare limiti applicativi, se l'interdizione, altra misura di protezione prevista dalla legge per persone del tutto prive di autonomia a causa di disabilità psichica, è strumento al quale fare ricorso solo in via residuale, si impone una verifica, se ed in quali casi sia possibile il ricorso ad altri strumenti, come il trust(33). In particolare, superati in

#### Note:

(29) E. Carbone, Libertà e protezione nella riforma dell'incapacità di agire [*supra*, nota 4], p. 554 s. Ma la pratica ci segnala che se l'amministrazione di sostegno è utilizzabile anche per anziani o soggetti portatori di gravissimi handicap fisici o psichici, ci si può domandare in quanti casi potrà essere richiesto che questi atti personalissimi siano compiuti direttamente dal beneficiario del provvedimento. All'anziano non interdetto, con la mente confusa, che vorrebbe fare testamento, ma ne teme l'impugnazione, il suggerimento potrebbe essere quello di scegliere un testamento pubblico. Ma sui "varchi" per consentire anche all'interdetto di sposarsi o di fare testamento o donazione, v. P. Cendon, La tutela civilistica dell'infermo di mente, in S. Patti (cur.), Atti del Convegno su "Capacità ed autonomia delle persone", Milano, 2002, p. 34 s.

(30) Sulla "nuova interdizione", v. P. Martinelli, Interdizione e amministrazione di sostegno, in G. Ferrando (cur.), L'amministrazione di sostegno [*supra*, nota 1], p. 140 s.

(31) F. Ruscello, "Amministrazione di sostegno" [*supra*, nota 15], a p. 153, propone di passare da una logica patrimonialistica ad una logica personalistica.

(32) P. Cendon, Un altro diritto per i soggetti deboli [*supra*, nota 5], p. 55 s.

(33) In questa ipotesi, se il trust è istituito da un cittadino residente in Italia, su beni situati in Italia, a favore di un beneficiario italiano, e la legge scelta dal disponente sia straniera, cioè se si è in presenza di un trust interno, si impone prioritariamente la soluzione all'interrogativo circa l'ammissibilità di questa figura nel nostro ordinamento. Per una completa sintesi di informazione sulle risposte della dottrina, v. A. Braun, Trusts interni, Riv. dir. civ., 2000, II, 573, a p. 574 s. e, per applicazioni nella giurisprudenza recente, v. Trib. Firenze, 2 luglio 2005, in questa Rivista, 2006, 89; Trib. Venezia, 4 gennaio 2005, ivi, 2005, 245; Cass. pen., 18 dicembre 2004, ivi, 2005, 574; consultabili anche sul sito Internet dell'Associazione "Il trust in Italia" all'indirizzo <http://www.il-trust-in-italia.it>.

senso positivo, sia per la posizione della dottrina e della giurisprudenza, sia, recentemente con l'art. 2645-ter, cod. civ., i problemi di ammissibilità nel nostro ordinamento (34), i trust interni possono rappresentare uno strumento al quale i disabili fisici o psichici, o i loro parenti, possano ricorrere per una adeguata protezione(35)?

Là dove l'ordinamento fornisce non adeguata protezione o protezione con strumenti considerati penalizzanti per il destinatario, il trust può rappresentare un'alternativa efficace ed idonea, rispetto ad amministrazione di sostegno ed interdizione, per realizzare gli interessi patrimoniali ed economici, oltre che personali dei soggetti diversamente abili(36), è strumento che consente di attuare una pianificazione familiare, attraverso la protezione di interessi che l'ordinamento considera meritevoli di tutela(37). Anche il trust può offrire soluzioni per l'assistenza e la cura della persona e soprattutto per la gestione di un patrimonio che i genitori intendano destinare alla cura del proprio giovane figlio disabile(38), sia durante la loro vita, sia dopo la loro morte, senza peraltro trasferire direttamente a lui la titolarità del patrimonio. Ed il trust può anche rispondere alle esigenze di cura di un anziano in una fase degenerativa verso una non autosufficienza(39), attraverso il trasferimento, da parte dei suoi figli, del patrimonio ad un trustee.

Non si esclude inoltre che una persona, nella pienezza delle sue capacità intenda amministrare il proprio patrimonio e godere dei beni, ma, al tempo stesso, provvedere per l'ipotesi di una sua futura disabilità attraverso l'istituzione di un trust (analogamente a quanto previsto dalla legge 9 gennaio 2004, n. 6, circa la designazione di un amministratore di sostegno da parte dello stesso beneficiario). Sul punto occorre fare una precisazione(40): se la persona che intende istituire un trust per queste finalità ha la sola titolarità di beni mobili, l'istituzione del trust può avvenire con trasferimento dei beni mobili al trustee. Se la persona ha la titolarità di beni immobili potrebbe essere istituito un trust, con la clausola di trasferimento(41) dei beni sottoposta alla condizione del sopraggiungere di una incapacità di chi ha istituito il trust. In questa ipotesi, alla completa perdita di

e una prima applicazione in Trib. Genova, 14 marzo 2006, *infra*, 415: in questo caso una moglie, nominata amministratore di sostegno per il marito, affetto da morbo di Alzheimer, è stata autorizzata dal giudice tutelare ad istituire, in nome e per conto del marito, beneficiario dell'amministrazione di sostegno, e per la quota di proprietà di questo su di un bene immobile, un trust a favore del figlio, disabile.

(35) Sul trust come soluzione alternativa ad interdizione ed inabilitazione di soggetti disabili, v. M. Lupoi, *Trusts*, II ed., Milano, 2001, p. 644 s. e, con particolare riferimento ad un caso di trust istituito da un soggetto ai fini della gestione e della destinazione del proprio patrimonio, per l'ipotesi di sopravvenuta incapacità, v. L. F. Rizzo, *Aspetti pratici della istituzione di un trust*, in M. Dogliotti - A. Braun (curr.), *Il trust nel diritto delle persone e della famiglia*, Milano, 2003, 55, a p. 70 s. Sulle proposte di legge che prevedono l'impiego del trust per l'assistenza a soggetti disabili e sui limiti della disciplina presentata, v. L. Santoro, *Il trust in Italia*, in *Il diritto privato oggi*, a cura di P. Cendon, Milano, 2004, p. 329 s. In particolare si segnalano, per la manifestata attenzione ai problemi pratici, la proposta di legge "Norme in materia di trust a favore di soggetti portatori di handicap", presentata alla Camera dei Deputati il 10 maggio 2002, n. 2733 ed il testo di un disegno di legge contenente "Disposizioni sull'affidamento fiduciario", in corso di presentazione, consultabili sul sito Internet dell'Associazione "Il trust in Italia" all'indirizzo <http://www.il-trust-in-italia.it>. Sono la prassi negoziale e giurisprudenziale che, in assenza di una disciplina legislativa, evidenziano come il trust sia strumento utilizzato per la protezione di disabili. Per una prima documentazione, nella prassi negoziale, sull'istituzione di un trust familiare, v. L. Santoro, *Il trust in Italia* [*supra*, in questa nota], p. 548 s., nel quale sono con chiarezza definite le figure del trustee, del beneficiario e del guardiano, l'oggetto del trust, le regole sui profili patrimoniali di godimento dei beni e sui profili personali di gestione del patrimonio, in funzione delle necessità personali dei beneficiari.

(36) Per esempio, attraverso il *family trust*, negozio fiduciario attributivo, che assicura la realizzazione del duplice obiettivo dell'assistenza del figlio disabile e della conservazione della destinazione finale dei beni all'interesse della famiglia nucleare: A. Palazzo, *Autonomia privata e trust protettivi*, in questa Rivista, 2003, 192. Per la solidarietà familiare alla quale può essere destinato un *family trust*, v. P. Amenta, *Trust a protezione del disabile*, in questa Rivista, 2000, 616. Su di un caso di trust di famiglia, diretto a soddisfare i bisogni di un familiare invalido, con l'obbligo per il trustee di favorire la permanenza del beneficiario, per tutta la vita, nell'immobile in trust, e con la destinazione di ogni altro bene o frutto o rendita del bene alla sua assistenza morale e materiale, v. Trib. Pisa, 22 dicembre 2001 (in questa Rivista, 2002, 241), commentato in L. Santoro, *Il trust in Italia* [*supra*, nota 31], p. 385 s.

(37) Per l'approccio civilistico ai trust, v. M. Lupoi, *Trusts* [*supra*, nota 35], p. 551 s.; A. Giardina, *Note introduttive*, in A. Gambaro - A. Giardina - G. Ponzanelli, *Convenzione relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento*. Note introduttive, *Nuove leggi civ.*, 1993, 1211, a p. 1212.

(38) Sul trust a favore di persona incapace, v. B. Valignani, *Amministrazione di sostegno e trust*, in G. Ferrando (cur.), *L'amministrazione di sostegno* [*supra*, nota 1], p. 205 s.

(39) Per una prima applicazione giurisprudenziale di istituzione di trust in favore di beneficiaria interdetta, v. il commento a Trib. Firenze, 7 luglio 2004 (in questa Rivista, 2005, 85), in L. Santoro, *Il trust in Italia* [*supra*, nota 35], p. 590 s.

(40) Espongo nel testo brevemente i punti rilevanti di un parere espresso da M. Lupoi, al quale aderisco. Il caso in esame riguardava, prima dell'introduzione dell'amministrazione di sostegno, una persona pienamente capace, che, a seguito della interdizione della sorella, chiedeva di poter disporre per la gestione del proprio patrimonio e per la cura della sua persona, nella previsione di una propria futura incapacità.

(41) Sul rapporto di coincidenza o di autonomia tra negozio istitutivo e negozio di trasferimento dei beni, v. M. Lupoi, *Trusts* [*supra*, nota 35], p. 598 s.

#### Note:

(34) Sul punto, v. M. Lupoi, *Gli "atti di destinazione" nel nuovo art. 2645-ter cod. civ. quale frammento di trust*, in questa Rivista, 2006, 169

**Saggi**

autonomia della persona, il trustee potrà compiere anche atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, come la vendita di immobili per provvedere alla cura della persona stessa, secondo quanto disposto nell'atto istitutivo(42).

a) Il trust si istituisce attraverso una "contrattazione"(43) tra questi soggetti: disponente, trustee, beneficiario o beneficiari, eventuale guardiano. Il disponente (per esempio, genitori di giovane disabile o figli di anziano disabile) trasferisce un bene o un insieme di beni ad un trustee (fiduciario), che ne acquista la proprietà, con l'obbligo di amministrarli, per il raggiungimento dello scopo del trust, a favore del beneficiario(44). Il disponente potrebbe anche conferire in trust (ed attribuire al trustee) la nuda proprietà di un immobile, riservandosene l'usufrutto(45).

Beneficiario del trust(46) è colui che è destinatario delle cure e dei vantaggi economici che derivano dalla istituzione del trust.

b) Al trustee o a persona per suo conto sono intestati i beni, che non fanno parte del patrimonio del trustee e, nel caso di trasferimento in trust della nuda proprietà, il disponente conserva il controllo sui beni finché è in vita. Nel trust si ha la *segregazione* del patrimonio, del complesso di beni, dei quali il disponente si spoglia, trasferendoli ad un terzo ed isolandoli giuridicamente nel proprio patrimonio(47). Pertanto i beni oggetto del trust istituiscono un *patrimonio separato*(48), i beni appartenenti al trustee non si confondono con i beni che a lui sono stati trasferiti in trust e dai quali non può trarre profitto(49). La conseguenza che ne deriva: i creditori personali del trustee non possono fare esecuzione sui beni del trust(50). I beni del trustee possono essere rivendicati quando questi abbia violato i propri obblighi ed abbia confuso i beni fungibili del trust con i suoi beni personali, o abbia fatto apparire come propri alcuni beni infungibili, ponendo in pericolo la realizzazione degli scopi del trust(51).

Nell'atto istitutivo del trust, atto di trasferimento dei beni dal disponente ad un trustee, possono essere indicati come oggetto beni che costituiscono il patrimonio dei disponenti. Su questo punto si presenta un interrogativo, se possano costituire oggetto del trasferimento al trustee anche beni che fanno parte della legittima. La risposta è articolata: non si frappongono ostacoli all'operazione descritta nell'ipotesi in cui il diversamente abile sia figlio unico e disponenti siano entrambi i genitori. Ma pure nell'ipotesi in cui il figlio diversamente abile abbia fratelli e/o sorelle, il dispo-

nente può prevedere come oggetto del patrimonio istituito in trust anche le quote riservate ai legittimari (altro coniuge, figli), salvo l'adempimento dell'obbligo di mantenimento e degli alimenti(52).

**Note:**

(42) Per l'ipotesi in cui chi istituisce il trust abbia la proprietà di immobili e intenda decidere su chi possa provvedere alla loro amministrazione per il sopraggiungere di una incapacità, si potrebbe prospettare una soluzione diversa ma meno vantaggiosa: il trasferimento al trustee della nuda proprietà degli immobili. In questo caso se il trustee è costretto a vendere gli immobili in tempi brevi ricaverà per la vendita della nuda proprietà a un prezzo ridotto rispetto al prezzo di mercato del bene in piena proprietà.

(43) Una "contrattazione" che ha per protagonisti non un disabile e un amministratore di sostegno, ma un disponente e un trustee, in favore del disabile.

(44) Per un primo approccio al trust, v. A. Gambaro, voce "Trust", Dig. disc. priv., Sez. Civ., Vol. XIX, Torino, 1999, 449, a p. 452, e A. Gambaro, Il trust in Italia, in A. Gambaro - A. Giardina - G. Ponzanelli, Convenzione [supra, nota 37], a p. 1214 s.; sul fondamento fiduciario, v., in particolare, M. Lupoi, Trusts [supra, nota 35], p. 553 s.

(45) Anche il trust, tuttavia, incontra limiti che altri strumenti previsti dall'ordinamento possono superare: i ripensamenti del disponente o di terzi, eventuali obbligazioni che mettano a rischio la fruibilità del bene per gli scopi previsti all'atto dell'istituzione del trust richiederebbero una modifica delle clausole del trust, una modifica inammissibile. In questa prospettiva un testamento redatto dal disponente si sottrarrebbe a questo limite, per la possibilità di revoca fino all'ultimo momento di vita del testatore. Se ad un amministratore di sostegno fossero conferiti poteri di concludere determinati atti in rappresentanza del beneficiario e si presentassero le ipotizzate situazioni di rischio, solo il ricorso al giudice tutelare potrebbe consentire una effettiva protezione del (patrimonio del) beneficiario.

(46) Per una ricostruzione storica della figura si rinvia a M. Lupoi, Trusts [supra, nota 35], p. 291 s.

(47) Per la segregazione dei beni, ai fini degli interessi da proteggere, v. M. Lupoi, Trusts [supra, nota 35], p. 565 s. E v. A. Palazzo, Autonomia privata e trust protettivi [supra, nota 36], a p. 195; M. Lupoi, Riflessioni comparatistiche sui trusts, Europa e dir. privato, 1998, 425.

(48) Sull'assimilazione della segregazione, intesa come particolare destinazione del diritto trasferito all'incapace, alla proprietà fiduciaria, della quale è titolare il trustee, v. L. Santoro, Il trust in Italia [supra, nota 35], p. 336, e, per un particolare profilo, T. Arrigo, Fondo fiduciario - Trust, in D. Carusi (cur.), Associazioni e fondazioni. Dal codice civile alle riforme annunciate, Convegno di Studi in onore di Rescigno, Milano, 2001, p. 178 s.

(49) Il trustee non deve trarre alcun profitto dalla sua posizione: M. Lupoi, Trusts [supra, nota 35], p. 270 e p. 274 s.

(50) La funzione segregativa rende il trust strumento idoneo o addirittura privilegiato quando ci sia un patrimonio da amministrare per il disabile. A. Gambaro, voce "Trust" [supra, nota 44], a p. 457.

(51) A. Giardina, Note introduttive [supra, nota 37], a p. 1212; A. Gambaro, voce "Trust" [supra, nota 44], a p. 457; M. Lupoi, Trusts [supra, nota 35], p. 608 s.

(52) Infatti il trasferimento al trust dei beni esistenti nel patrimonio dei genitori può essere considerato come adempimento di un obbligo legale, che grava sui genitori, di mantenimento del figlio disabile, al quale assicurare assistenza personale e patrimonio sufficiente per una sua vita dignitosa. Pertanto le somme destinate dai genitori al disabile possono essere considerate non come donazioni (assoggettabili alla riduzione) ma

(Segue)

In caso di patrimonio costituito da beni immobili i disponenti possono attribuire al trustee la nuda proprietà dell'immobile e riservare per sé l'usufrutto(53), per godere ed amministrare i frutti del bene, mentre al trustee potrà essere affidata dai disponenti l'amministrazione della nuda proprietà a favore del disabile, beneficiario del capitale investito. In questo caso il trustee potrà compiere tutti gli atti richiesti per l'amministrazione del patrimonio, senza dover richiedere quelle autorizzazioni, che invece devono essere richieste dall'amministratore di sostegno nelle ipotesi nelle quali il decreto indichi in astratto una o più categorie di atti che l'amministratore di sostegno deve compiere con poteri sostitutivi, di rappresentanza del beneficiario o quando i suoi poteri rappresentativi non siano limitati o siano limitati in modo generico(54), o quando i poteri sostitutivi siano relativi ad atti eccedenti l'ordinaria amministrazione(55).

### § 5. Il procedimento per l'amministrazione di sostegno: l'accertamento dell'infermità o menomazione fisica o psichica; l'accertamento del nesso causale tra infermità e impossibilità di provvedere ai propri interessi; il coordinamento tra giudice, operatori sanitari, operatori sociali.

Di regola (escluse le ipotesi in cui la persona provvede per una eventuale futura riduzione di autonomia o quelle in cui la persona richiede un sostegno per la difficoltà di gestione della propria quotidianità(56)), per disporre un provvedimento di nomina di un amministratore di sostegno, è requisito necessario un *accertamento*, da parte dei medici, di una *infermità*, di una *menomazione fisica o psichica*, una *diagnosi* relativa allo stato patologico; si richiede anche l'*accertamento* di un *nesso causale tra l'infermità* (e la menomazione fisica o psichica) e l'*impossibilità parziale o temporanea* della persona a *provvedere ai propri interessi*, variabile con il variare degli interessi, delle esigenze e delle aspirazioni della persona(57).

La nomina di un amministratore di sostegno comporta un *giudizio complesso* al quale *concorrono più "operatori"*: *giudice, operatori sanitari, clinici e medico legali*, ma anche *operatori sociali*. Infatti occorrerà stabilire non solo l'incidenza della menomazione fisica o psichica e dell'infermità psichica sull'autodeterminazione della persona, ma anche chi può fare e che cosa per la cura della persona, chi stipulerà eventuali contratti di cura, chi dovrà soddisfa-

re e con quali modalità i bisogni e le richieste della persona, se e chi dovrà dare un consenso al trattamento medico(58), o al ricovero in strutture sanita-

#### Note:

(Continua nota 52)

come adempimento dell'obbligo di mantenimento, da parte del genitore, e, per altro verso, anche come anticipazione dell'obbligo degli alimenti al quale comunque i fratelli saranno tenuti verso il disabile, alla morte dei genitori. Solo se si considerasse l'atto istitutivo del trust come atto che prevede una trasmissione *mortis causa* si porrebbe il problema di tutela dei legittimari, per il trasferimento al trust di somme eccedenti la disponibile. D'altra parte si esclude che le norme che il nostro ordinamento stabilisce a protezione dei legittimari siano norme di ordine pubblico (v. Cass., 30 luglio 2002, n. 11286, Giur. it., 2003, 412; per una fattispecie particolare, v. Cass., 24 giugno 1996, n. 5832, Nuova giur. civ., 1997, I, 164 e le osservazioni di G. Garrone, Soggetti deboli in famiglia e trust quale tutela etica, in questa Rivista, 2004, 310, a p. 312). Pertanto si potrebbero utilizzare norme di altri ordinamenti giuridici nei quali non è espressamente prevista una tutela dei legittimari. In questo caso il richiamo alla legge straniera non consentirebbe a coloro che potrebbero essere legittimari in base all'ordinamento italiano di impugnare l'atto istitutivo con azione di riduzione per lesione della legittima. Se si considera l'atto istitutivo del trust come atto tra vivi, a titolo non gratuito, l'azione di riduzione per lesione della legittima non avrebbe comunque fondamento se si differisse nel tempo, alla morte del disabile, la devoluzione ai legittimari della quota riservata. Sul trust quale argine etico e giuridico alle aspettative dei legittimari, v. G. Garrone, Soggetti deboli in famiglia e trust quale tutela etica [*supra*, in questa nota], a p. 310 s.

(53) A. Palazzo, Autonomia privata e trust protettivi [*supra*, nota 36], a p. 195 s.; D. Caruso, Trust in favore di soggetto portatore di handicap, in questa Rivista, 2000, 612, a p. 613; P. Amenta, Trust a protezione di disabile [*supra*, nota 36], a p. 619 s.

(54) S. Delle Monache, Prime note [*supra*, nota 25], a p. 49 s.

(55) G. Lisella, I poteri dell'amministratore di sostegno, in G. Ferrando (cur.), L'amministrazione di sostegno [*supra*, nota 1], p. 120 s.

(56) Trib. Modena, Giudice Tutelare, 24 febbraio 2005 [*supra*, nota 18]. Sui limiti di istituzione di una amministrazione di sostegno per una persona che abbia semplice difficoltà e non impossibilità di gestione del patrimonio, anche nell'ipotesi di una disabilità fisica, v. G. Bonilini - A. Chizzini, L'amministrazione di sostegno [*supra*, nota 3], p. 21 ss. e p. 52 s., ove si segnala che la nomina di un amministratore di sostegno comporta pur sempre una limitazione della capacità della persona, con il conseguente invito alla moderazione nell'uso dello strumento di protezione e alla introduzione di limitazioni alla capacità di agire del beneficiario solo se necessarie alla sua tutela.

(57) A. Venchiarutti, Un confronto dopo l'entrata in vigore della L. 9 gennaio 2004, n. 6: amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione, consultabile sul sito Internet di "Altalex" all'indirizzo <http://www.altalex.com>, n. 4; A. Venchiarutti, Gli atti del beneficiario [*supra*, nota 1], p. 165 s.

(58) All'interrogativo se il consenso al trattamento medico possa essere prestato dall'amministratore di sostegno in sostituzione o anche in dissenso con il beneficiario danno risposte diverse alcuni provvedimenti editi: per Trib. Roma, Giudice Tutelare, 19 febbraio 2005, consultabile sul sito Internet di "Filodiritto" all'indirizzo <http://www.filodiritto.com>, l'amministratore di sostegno, nominato per una persona con grave ritardo mentale, può prestare il consenso agli accertamenti medici di routine, ma per il consenso ad interventi chirurgici deve essere chiesta autorizzazione al giudice tutelare; per Trib. Modena, Giudice Tutelare, 15 settembre 2004, Giuraemilia, 2005, 34, l'amministratore di sostegno, nominato

(Segue)

**S a g g i**

rie o residenziali protette. La risposta può provenire solo da un *effettivo coordinamento* tra giudice tutelare che definisce, nel decreto, il regime protettivo e le competenze mediche<sup>(59)</sup>, ed i servizi sanitari e/o sociali<sup>(60)</sup> ed altresì dalla collaborazione dei familiari.

**§ 6. L'atto istitutivo del trust.**

Attraverso un procedimento più semplice, senza ricorso all'autorità giudiziaria, con la stipula di un atto notarile<sup>(61)</sup>, è possibile dare una risposta agli interrogativi dei genitori di un giovane diversamente abile o ai parenti di un anziano con ridotta autonomia: potrebbe essere istituito un trust, che preveda come *beneficiario* il figlio disabile o l'anziano. La volontà dei soggetti disabili è giuridicamente irrilevante relativamente alla destinazione dei beni, allo stesso modo l'iniziativa di istituzione di un trust non può partire dal beneficiario nelle ipotesi in cui questi sia un disabile non titolare di diritti sui beni del patrimonio dei genitori o comunque non in grado di gestire un patrimonio in piena autonomia. Il disponente il trust affida i propri beni ad un trustee anziché al beneficiario, se ritiene che questi non sia in grado di gestirli, in quanto persona con una riduzione della propria autonomia<sup>(62)</sup>.

L'atto istitutivo del trust potrebbe prevedere un *beneficiario finale*, un altro figlio (fratello o sorella del disabile), gli altri figli, gli eredi legittimi, oppure la stessa associazione trustee, avente finalità di protezione dei disabili e che si sia presa cura del diversamente abile, o un'associazione di auto mutuo aiuto tra disabili e famiglie, che configurerebbe una vera e propria ONLUS, con le specifiche agevolazioni fiscali. Beneficiario finale potrebbe essere anche la stessa associazione trustee che realizzi una finalità che supera l'interesse del singolo individuo diversamente abile, per esempio una fondazione<sup>(63)</sup>. Ad essa potrebbe essere attribuita per esempio la gestione dell'abitazione destinata ad alloggio del disabile e di altri soggetti nelle sue condizioni, dell'assistenza medica e di ogni altra forma di assistenza per i componenti di quella comunità.

A *diversi stadi di disabilità*, a diverse manifestazioni di capacità o di incapacità della persona (e alla sua titolarità, o non, di un patrimonio da amministrare), con conseguente diversa incidenza sull'autodeterminazione della persona, possono corrispondere le *diversificate misure di protezione*, più o meno "invasive",

previste dalla legge 9 gennaio 2004, n. 6, *modificabili o adattabili nel momento iniziale ed in ogni momento successivo*, che non esauriscono gli strumenti di protezione ai quali è possibile ricorrere a favore del disabile. L'atto istitutivo di un trust può rappresentare altra misura, strumento al quale ricorrere nelle ipotesi di cessazione dell'amministrazione di sostegno perché siano venute meno le ragioni di protezione attraverso questo strumento (art. 413, IV comma cod. civ.)<sup>(64)</sup> o, in alternativa ad una interdizione, nelle ipotesi di *amministrazione di sostegno* rivelatasi *inidonea* a realizzare la piena tutela del beneficiario. Il trust potrebbe costituire valida alternativa all'interdizione nel caso in cui per la persona anziana, titolare di un certo patrimonio, il processo degenerativo vada in tempi brevi alla perdita pressoché totale di autonomia e per il carattere, le diffidenze della persona stessa, aggravate dalla sua patologia, non sia possibile individuare chi instauri con lei un rapporto di fiducia, che consenta una corretta gestione del patrimonio medesimo o nel caso in cui la persona rifiuti le cure necessarie o rifiuti una sistemazione protetta e si debba provvedere, senza imporla, ad una organiz-

**Note:**

(Continua nota 52)

per una persona affetta da disturbo delirante cronico e da diabete, può prestare consenso ai trattamenti terapeutici proposti dai medici e adottare tutti i provvedimenti urgenti necessari a tale scopo; Trib. Roma, Giudice Tutelare, 28 gennaio 2005 [*supra*, nota 19], autorizza l'amministratore di sostegno, nominato per una persona con esiti di una emorragia cerebrale, con incerte possibilità di recupero, a prestare consenso informato ai trattamenti terapeutici necessari. Sulla regola di un consenso del legale rappresentante e, in aggiunta a questo, sulla ricerca del consenso e della partecipazione del disabile alla terapia, G. Ferrando, Incapacità e consenso al trattamento medico, in G. Ferrando - G. Visintini (curr.), Follia e diritto [*supra*, nota 11], p. 125 s. Sul consenso al trattamento sanitario prestato dall'amministratore di sostegno sulla base ad una valutazione di convenienza, in relazione agli interessi del beneficiario, v. G. Lisella, I poteri dell'amministratore di sostegno [*supra*, nota 55], p. 131.

(59) E. Carbone, Libertà e protezione nella riforma dell'incapacità di agire [*supra*, nota 4], p. 561.

(60) Che, in quanto figure professionali, richiedono una adeguata formazione, non espressamente prevista dalla legge (P. Martinelli, Interdizione e amministrazione di sostegno [*supra*, nota 30], p. 137).

(61) Sul ruolo del notaio, v. M. Lupoi, Trusts [*supra*, nota 35], p. 582 s.

(62) A. Gambaro, voce "Trust" [*supra*, nota 44], a p. 454.

(63) A. Gambaro, voce "Trust" [*supra*, nota 44], a p. 459; G. Ponzanelli, Le annotazioni del comparatista, in A. Gambaro - A. Giardina - G. Ponzanelli, Convenzione [*supra*, nota 37], a p. 1224.

(64) La nomina di un amministratore è decisione presa *rebus sic stantibus* (F. Ruscello, "Amministrazione di sostegno" [*supra*, nota 15], a p. 150).



zazione della sua assistenza domiciliare, con adeguata gestione del suo patrimonio.

### § 7. L'amministratore di sostegno, il tutore, il trustee (e il guardiano): l'ufficio, le facoltà e i doveri ad esso connessi, le responsabilità.

Nel tessuto normativo tre figure sono previste per garantire, con diverse modalità, una protezione ad un soggetto privo di autonomia o con ridotta autonomia: tutore, amministratore di sostegno, trustee. Nella cultura comune è ben nota la figura del tutore dell'interdetto, presente già nel codice civile del 1942, disciplinata, per rinvio, dalle regole dettate per il tutore del minore di età. Di regola è un familiare o, in mancanza, altra persona idonea, scelta con esclusivo riguardo alla cura ed agli interessi del beneficiario (art. 424 cod. civ.).

Anche l'amministratore di sostegno può essere un familiare, per una priorità che la legge riserva alla relazione affettiva. Tuttavia per l'amministratore di sostegno la legge (art. 408 cod. civ.) sottolinea anche, efficacemente, che la scelta deve cadere su persona idonea a tener conto dei bisogni e delle "aspirazioni" del beneficiario e quindi introduce un parametro di valutazione non propriamente tecnico, ad evidenziare il vincolo di solidarietà e soprattutto di fiducia, di qualità quasi genitoriale (di aspirazioni il codice parla all'art. 147 cod. civ.) che deve fondare il rapporto tra amministratore di sostegno e beneficiario(65). Possono essere nominati amministratore di sostegno anche una associazione o una fondazione (art. 408, IV comma cod. civ.), gli operatori dei servizi socio sanitari, esclusi quelli che hanno in cura o in carico il beneficiario (art. 408, III comma cod. civ.).

Trustee per una persona disabile può essere una persona fisica o una persona giuridica o una associazione non riconosciuta. Anche la scelta del trustee del disabile deve anzitutto riguardare una persona di fiducia(66). La scelta del trustee, se il ricorso al trust è motivato soprattutto dalla gestione del patrimonio, deve riguardare inoltre una persona "saggia, esperta, professionalmente dedita all'attività di gestione richiesta"(67) o più persone, o una società, che abbiano una gestione professionale della ricchezza mobiliare e immobiliare.

Le caratteristiche richieste per la persona del trustee richiamano ad un fondamento fiduciario, per le esigenze di gestione del patrimonio del beneficiario e di cura della sua persona: egli deve impiegare "la di-

ligenza e l'abilità ragionevolmente richieste nelle specifiche circostanze nelle quali egli si trovi ad agire"(68). Accentuato fondamento fiduciario caratterizza altresì il rapporto tra beneficiario e amministratore di sostegno per il quale spesso la cura della persona del beneficiario (e del suo patrimonio, in funzione della cura della persona) è sicuramente prevalente. L'amministratore di sostegno infatti deve essere anzitutto capace di ascoltare la persona, di trasformare i suoi bisogni in risposta giuridica(69), di costruire relazioni del beneficiario, di assumersi continuità di presa in carico, di creare condizioni per una migliore qualità di vita del beneficiario. La scelta dell'amministratore non richiede un consenso del beneficiario, ma, di fatto, dovrà essere persona da lui accettata(70), dal momento che egli è chiamato, nello svolgimento dei propri compiti, ad ascoltare la persona, a realizzare i suoi bisogni e le sue aspirazioni e deve informarlo sugli atti da compiere (art. 410, I e II comma cod. civ.; art. 412, II comma cod. civ.)(71). E non si esclude che un *amministratore di sostegno* possa essere designato come trustee, scelto per le sue doti di professionalità nell'amministrazione dei patrimoni e soprattutto nella guida del disabile alle proprie attività relazionali(72). In tal caso nell'atto istitutivo

#### Note:

(65) G. Ferrando, Protezione dei soggetti deboli e misure di sostegno, in S. Patti (cur.), La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione [*supra*, nota 3], p. 129 e s., e assumono rilevanza anche relazioni di vicinato, costruite su di un tessuto di solidarietà, affetto, pazienza, ascolto, a volte più significative di quelle proprie di un rapporto parentale.

(66) Circa la possibilità di identificazione tra le funzioni dell'amministrazione di sostegno e del trustee, v. L. Santoro, Il trust in Italia [*supra*, nota 35], p. 332.

(67) A. Gambaro, voce "Trust" [*supra*, nota 44], a p. 454.

(68) Precisa al riguardo M. Lupoi, Trusts [*supra*, nota 35], p. 281 s., che si richiede in sostanza al trustee di far uso di quella diligenza e di quella abilità con riferimento alle "specifiche conoscenze e all'esperienza che ha lasciato intendere di possedere" e, quando si tratta di trustee professionali, con riferimento "alle conoscenze e all'esperienza che è ragionevole attendersi da un trustee professionale".

(69) P. Cendon, La tutela civilistica dell'infermo di mente [*supra*, nota 29], p. 42.

(70) In questo senso si è in precedenza parlato di "contrattazione" con riferimento all'amministrazione di sostegno.

(71) Per questa ragione non poche perplessità sorgono quando si ritiene possibile il ricorso ad un amministratore di sostegno per persona del tutto priva di autonomia: in questo caso, infatti l'amministratore di sostegno non potrà decidere previo accordo con il beneficiario.

(72) A. Palazzo, Autonomia privata e trust protettivi [*supra*, nota 32], a p. 194.

**S a g g i**

possono essere qualificati i poteri del trustee: si potrà stabilire che determinate decisioni, relative alla cura della persona del beneficiario (ad esempio, trattamento sanitario, ricovero in residenza sanitaria protetta), debbano essere prese a seguito di un consenso espresso dal beneficiario stesso e/o dai suoi familiari. Si possono inoltre conferire al trustee diversificati poteri di intervento che gli consentano direttamente(73) un adeguamento delle cure della persona al modificarsi della situazione iniziale, per un miglioramento o un peggioramento delle sue condizioni.

L'atto istitutivo del trust potrà anche prevedere personale specialistico che coadiuvi il trustee nell'assistenza al disabile(74) o anche più trustee, in tempi successivi; potrà attribuire al trustee il potere di conferire, alla morte del disabile, i beni in trust alle associazioni di volontariato che si sono prese cura del disabile stesso.

Al trustee, che deve curare il patrimonio del disabile, sono intestati i beni in trust, in un rapporto tra trustee e beni in trust che è temporaneo e finalizzato alla realizzazione degli interessi del beneficiario; egli deve amministrarli e può disporre secondo quanto stabilito nell'atto istitutivo. I suoi doveri hanno fonte primaria non tanto in discipline legali (per il nostro ordinamento il richiamo è, comunque, per i trust interni, a legislazione straniera) quanto in normative tecniche o deontologiche (codici di autodisciplina)(75). A carico del trustee sono posti alcuni doveri, che sono connessi all'atto istitutivo(76), a quello strumento che il disponente ha scelto per far conseguire al beneficiario vantaggi sia sul piano economico sia sul piano personale: il trustee deve amministrare con la dovuta perizia, con onestà e senza perseguire interessi personali o vantaggi dal proprio ufficio, deve prendere possesso dei beni immobili oggetto del trust, fare investimenti, redigere rendiconto e fornire informazioni, non delegare il potere di compiere attività che comportino decisioni discrezionali. In sintesi, il trustee ha un obbligo di diligenza che si concretizza in due elementi: la cura e l'abilità che sono ragionevoli alla luce delle circostanze del caso. Una particolare attenzione il trustee deve rivolgere nell'attuazione delle direttive, relative alla cura della persona, che siano precisate nell'atto istitutivo(77): terapie, assistenza professionale qualificata, conservazione delle abitudini e dell'ambiente, svaghi, attività che implicino una qualche forma di aggregazione (musica, vela, laboratorio teatrale). Lo svolgimento di tutta una serie di attività di riabilitazione

della persona potrebbero infatti evitare il ricorso ad altre misure protettive.

L'amministratore di sostegno non è titolare di diritti sui beni del beneficiario, ma può compiere sui beni, nei limiti di disponibilità di spesa, gli atti stabiliti nel decreto di nomina. La legge (art. 410, I e II comma cod. civ.), stabilisce anche le modalità di adempimento dei doveri da parte dell'amministratore di sostegno: egli deve tener conto dei bisogni e delle aspirazioni del beneficiario; deve evitare contrasti, scelte o atti dannosi al beneficiario; deve agire con diligenza nel perseguire l'interesse o nel soddisfare i bisogni o le richieste del beneficiario.

La legge non risponde espressamente all'interrogativo sulla *responsabilità dell'amministratore di sostegno* che violi quelle regole, né è ancora stato approvato un codice di deontologia professionale per gli amministratori di sostegno, in attesa di istituzione di un albo dei medesimi. È solo previsto che, nel caso di contrasto, di atti dannosi o di negligenza da parte dell'amministratore di sostegno, determinati soggetti (art. 410, II comma cod. civ.) possano rivolgersi al giudice tutelare, il quale "adotta" gli opportuni provvedimenti. Il giudice tutelare potrà disporre i provvedimenti richiesti per la cura della persona e per la gestione del patrimonio, non potrà però decidere né sulla ammissibilità, né sulla quantificazione dei danni, conseguenti agli atti da lui compiuti o alla sua negligenza. Una eventuale domanda di risarcimento dei danni dovrà essere presentata al tribunale ordinario. In questo caso l'amministratore di sostegno deve rispondere, in base alle regole dettate in materia di tutela (artt. 382, 411 cod. civ.), dei danni causati al beneficiario. Mi sembra che l'amministratore di sostegno debba rispondere anche di eventuali danni arrecati, a sé o a terzi, dal beneficiario, nell'ipotesi che questi, del tutto privo di autonomia, abbia compiuto

**Note:**

(73) Senza ricorso ad un'autorità giudiziaria, come invece è richiesto nel caso in cui atti, ulteriori rispetto a quelli previsti nel decreto di nomina, debbano essere compiuti dall'amministratore di sostegno.

(74) A. Palazzo, *Autonomia privata e trust protettivi* [supra, nota 36], a p. 196.

(75) A. Gambaro, voce "Trust" [supra, nota 44], a p. 454.

(76) G. Ponzanelli, *Le annotazioni del comparatista* [supra, nota 63], a p. 1224.

(77) A. Palazzo, *Autonomia privata e trust protettivi* [supra, nota 36], a p. 195.

atti in violazione della legge o delle disposizioni contenute nel decreto di nomina, a causa della negligenza dell'amministratore di sostegno nel provvedere all'adempimento dei compiti a lui affidati(78).

Il trustee deve perseguire lo scopo del trust, ha facoltà e l'onere di disporre dei beni, utilizzarli, venderli, non per un proprio vantaggio ma a vantaggio del disabile, nei limiti previsti dall'atto istitutivo, utilizzare i redditi dei beni al fine di una effettiva e pronta risposta a tutte le esigenze del disabile.

Anche per il trustee, come per l'amministratore di sostegno si pone l'interrogativo se e a quali condizioni possa configurarsi una responsabilità a suo carico. Il trustee risponde nei confronti dei terzi personalmente ed illimitatamente per le obbligazioni assunte(79). La violazione, da parte del trustee, delle regole che, si è detto, trovano la loro fonte non solo nelle norme giuridiche, ma anche nelle norme deontologiche, può comportare la *responsabilità* del medesimo, anche sulla base di dette norme. Si è rilevato che le regole sulla responsabilità del trustee per inadempimento alle disposizioni dell'atto istitutivo o della legge sono estremamente rigide: si configura una sua responsabilità oggettiva se egli abbia agito in difformità delle condizioni del trust o delle sue funzioni, sia nell'ipotesi di compimento di un atto che non rientri fra i suoi poteri, sia nell'ipotesi di omissione di un atto erroneamente ritenuto non incluso nei suoi poteri(80).

L'atto istitutivo di un trust può prevedere anche la nomina di un *guardiano*, che può svolgere una funzione di controllo sull'operato del trustee: in tal caso al guardiano può essere richiesto di esprimere un consenso vincolante circa atti di natura patrimoniale e vigilanza sull'operato del trustee per l'assistenza al disabile, ed il guardiano può anche chiedere la revoca del trustee o la nomina di un nuovo trustee(81). Con riferimento al trust per disabili il guardiano (che potrebbe anche essere il socio di una associazione di volontariato) può essere considerato anche come colui che segnali al trustee le esigenze personali o di cura della persona del diversamente abile (assistenza sanitaria e psicologica, attività ricreative, inserimento lavorativo compatibile con la residua autonomia della persona) e che affianchi in qualche modo l'attività dell'amministratore trustee che si prende cura della gestione del patrimonio(82). La separazione tra le due funzioni è peraltro difficilmente giustificabile quando la gestione del patrimonio è prevalentemente, se non esclusivamente, destinata alla cura della persona. Il guardiano che agisce perché siano rispet-

tate le finalità del trust risponde verso il beneficiario ed in questo caso non risponde il trustee.

### § 8. La persona priva di autonomia ed i suoi familiari: i bisogni attuali ed i bisogni proiettati nel futuro: il ruolo dell'amministratore di sostegno e del trustee.

La legge 9 gennaio 2004, n. 6 pone l'accento sulla *centralità della persona*, sui suoi bisogni, ma lascia aperti alcuni interrogativi. Nella legge i *bisogni dei familiari*, quasi sempre indissolubilmente legati ai *bisogni della persona disabile*, emergono solo indirettamente nella vicenda processuale: i familiari sono legittimati al ricorso per l'istituzione dell'amministrazione di sostegno e al ricorso per l'interdizione; sono sentiti nel procedimento; possono chiedere il passaggio da una misura più limitativa (interdizione) ad una misura meno limitativa dell'autonomia del soggetto (amministrazione di sostegno). I familiari, che abbiano una buona e positiva relazione con la persona disabile, rappresentano soprattutto una risorsa fondamentale(83), possono assumere un rilevante ruolo di sostegno, o la funzione di tutore.

Tuttavia sempre più di frequente i genitori o i fratelli di disabili più o meno gravi si domandano come risolvere i numerosi interrogativi relativi ad una corretta gestione del rapporto con il disabile non solo per la quotidianità "durante" la loro vita, ma anche in previsione del "dopo di noi". Gli interrogativi più frequenti riguardano la residenzialità del disabile, l'organizzazione della sua vita di relazione e il suo progres-

#### Note:

(78) In tal caso assume notevole rilevanza la ipotizzabilità di una amministrazione di sostegno anche per soggetti completamente privi di autonomia: solo in questo caso si può infatti configurare una eventuale responsabilità ex art. 2047 cod. civ. dell'amministratore di sostegno.

(79) Per approfondimenti, si rinvia a M. Lupoi, Trusts [supra, nota 35], p. 282 s.

(80) M. Lupoi, Trusts [supra, nota 35], p. 277 s.

(81) D. Caruso, Trust in favore di soggetto portatore di handicap [supra, nota 53], a p. 614.

(82) A. Palazzo, Autonomia privata e trust protettivi [supra, nota 36], a p. 193; M. Lupoi, Trusts [supra, nota 35], p. 646.

(83) Sul ruolo della famiglia protagonista (P. Cendon, La tutela civilistica dell'infermo di mente, in S. Patti (cur.), La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione [supra, nota 3], p. 29 s.) e sui problemi della famiglia di una persona con disturbi psichici, v. P. Dell'Acqua, Fuori come va? Famiglie e persone con schizofrenia. Manuale per un uso ottimistico delle cure e dei servizi, Roma, 2003.

**Saggi**

sivo distacco dai genitori, la destinazione delle risorse economiche della famiglia, un inserimento lavorativo compatibile con la disabilità, la collocazione del disabile a seguito di pensionamento, la decisione per trattamenti medici e/o riabilitativi. Spesso i familiari vivono una loro incapacità o una estrema difficoltà e fatica di relazione soprattutto in rapporto con un disabile psichico, temono una propria impossibilità futura di relazione (anche per l'invecchiamento e le conseguenti difficoltà, nel caso dei genitori).

Per tutti gli interrogativi, è evidente, l'ordinamento non fornisce di regola risposte preconfezionate: la risposta personalizzata va cercata caso per caso, con la collaborazione, offerta al giudice, da parte dei servizi socio-sanitari. Invero nei casi nei quali è applicabile la disciplina dell'amministrazione di sostegno, la scelta dell'amministratore di sostegno, quando non sia possibile designare un familiare, potrà riguardare un altro soggetto, anche una di quelle associazioni, sempre più numerose nel territorio, che hanno individuato tra i loro scopi la creazione e la gestione di strutture "casa famiglia" per disabili psichici lievi ivi residenti<sup>(84)</sup>. In questi casi si potrebbe forse ipotizzare un amministratore di sostegno che, per tutti gli ospiti residenti, si occupi, avvalendosi di collaboratori, della gestione comune, dell'organizzazione di tempo libero e di tutti i servizi necessari al funzionamento della struttura (mensa, trattamenti sanitari, utenze e amministrazione della casa, riscossione di eventuali pensioni o indennità). In questo caso però è requisito prioritario ed essenziale che questo amministratore sia persona capace di instaurare una relazione empatica con ciascuna delle persone disabili che compongono quella "famiglia", ognuna considerata nella sua individualità e specificità e con le sue potenzialità, e assicuri una certa continuità nella gestione.

Anche il trust può fornire risposte a questi interrogativi<sup>(85)</sup>. Può essere scelto per il "dopo di noi" come trustee un ente *non profit*, un'associazione di volontariato, una *fondazione*. In effetti trust e fondazioni, trust ed enti *non profit* possono svolgere la medesima funzione.

Una risposta ai problemi dei genitori per il "dopo di noi" può venire anche da una *fondazione fiduciaria*, cioè da quel complesso di beni ai quali sia stata attribuita una particolare destinazione e che sono amministrati dal soggetto di diritto che ne è titolare. La dottrina<sup>(86)</sup> ha segnalato l'analogia tra il trust e la *fondazione fiduciaria* in particolare per quanto riguarda il manifestarsi dell'autonomia al momento della isti-

tuzione: il disponente ed il fondatore hanno ampia autonomia sul piano organizzativo, sul piano della scelta dello scopo e in relazione alle modalità operative per conseguire quello scopo. Altro punto di connessione tra trust e fondazione fiduciaria riguarda l'obbligatorietà dell'attuazione dell'obiettivo programmato e l'adattamento del trust e della fondazione fiduciaria al mutare delle circostanze, con il minor "scollamento" dallo scopo originario, quando questo sia diventato impossibile. Il ricorso allo strumento del trust, e quindi del patrimonio separato, e di una fondazione o associazione trustee presenta vantaggi rispetto alla costituzione di una fondazione fiduciaria, cioè alla creazione di un soggetto nuovo: nel primo caso si trasferisce al trustee un patrimonio per il raggiungimento dello scopo fissato nel trust, specifico per quel soggetto beneficiario, nel secondo caso la fondazione agisce secondo gli scopi a carattere generale che sono previsti nel suo statuto. Inoltre il trust è soggetto a meno controlli pubblici di quanto non lo sia una fondazione. Infine il trust comporta costi di istituzione o di gestione inferiori rispetto a quelli di una fondazione e presenta maggiore efficienza nelle ipotesi in cui non si richieda apposita struttura organizzativa per realizzare gli scopi dell'atto istitutivo (ma diversa considerazione vale nell'ipotesi in cui il patrimonio del trust sia costituito da un'azienda). In altri termini, se è vero che un effetto tipico del trust, quello di costituire un patrimonio separato, può essere perseguito attraverso la costituzione di una fondazione, è anche vero che la costituzione e la gestione di una fondazione comporta costi superiori a quelli di un trust.

### § 9. Le criticità dell'amministrazione di sostegno; il ricorso al trust.

Anche la legge 9 gennaio 2004 n. 6 presenta limiti e criticità, da collegare non allo strumento

#### Note:

(84) Sul ruolo degli enti *non profit* quali amministratori di sostegno, v. M. Capecchi, Enti *non profit* ed amministrazione di sostegno, in G. Ferrando (cur.), L'amministrazione di sostegno [*supra*, nota 1], p. 185 s.

(85) G. Garrone, Soggetti deboli in famiglia e trust quale tutela etica [*supra*, nota 52], a p. 311 s.; per l'uso dello strumento del trust nella risposta ai problemi dei genitori dei disabili, in una proiezione nel futuro, v. M. Lupoi, Trusts [*supra*, nota 35].

(86) Per un primo spunto, v. A. Zoppini, Fondazioni e trusts (spunti per un confronto), Giur. it., 1997, IV, 41. E v. M. Capecchi, Evoluzione del terzo settore e disciplina civilistica. Dagli enti non lucrativi alla "impresa sociale", Padova, 2005.

nuovo introdotto, efficace risposta ad esigenze di autonomia di soggetti portatori di diverse disabilità, ma alla sua concreta attuazione. L'amministrazione di sostegno "figura di massa" e, al tempo stesso "misura personalizzata", in rapporto al beneficiario richiede una esatta individuazione degli atti, che all'amministratore di sostegno sono attribuiti per rappresentanza o assistenza della persona priva di autonomia, e può richiedere che, al mutare delle condizioni della persona, si renda necessaria anche una modifica o integrazione delle decisioni del giudice tutelare, con la conseguenza inevitabile di un carico per gli uffici giudiziari e per gli operatori tuttora non facilmente quantificabile. Tanto che ci si è interrogati<sup>(87)</sup> se si renda necessario e con quali modalità introdurre una integrazione tecnica strutturale, all'interno dell'ufficio del giudice tutelare, con i servizi socio sanitari che sono impegnati nella cura o nell'assistenza del disabile. Una dettagliata relazione dei servizi sociali sulla situazione personale (della persona e dei suoi familiari, sull'alloggio e sulla sua collocazione attuale), sulla situazione relazionale della persona (sulla rete che intorno a que-

sta persona si è costituita o può essere costituita), sulla situazione socio patrimoniale della persona (lavoro, pensione, indennità di accompagnamento), svolta da parte di chi, per alcuni versi si colloca in un osservatorio privilegiato, rappresenta senza dubbio un punto di partenza essenziale per una corretta impostazione della pratica in giudizio e strumento per alcuni versi non sostituibile per determinate categorie di persone a ridotta o limitata autonomia. Ma questo è solo l'inizio di un lungo percorso di aiuto ed accompagnamento di una persona priva in tutto o in parte di autonomia.

Una efficace risposta ai problemi applicativi che si sono evidenziati può essere fornita dallo strumento del trust al quale ricorrere soprattutto nelle ipotesi in cui si richieda una complessa organizzazione per la cura della persona e per la gestione del suo patrimonio.

.....  
**Nota:**

(87) E. Carbone, Libertà e protezione nella riforma dell'incapacità di agire [*supra*, nota 4], p. 561.

Saggi

# La nuova legislazione della Repubblica di San Marino sul trust

di Enrica Senini

SOMMARIO: § 1. Introduzione – § 2. Tipologia di trust ammessi dall'ordinamento sammarinese. – § 3. I requisiti formali e sostanziali dell'atto istitutivo di trust. – § 4. Cause di invalidità del trust. – § 5. I soggetti abilitati a svolgere l'ufficio di trustee. – § 6. Poteri e doveri del trustee. – § 7. Responsabilità del trustee. – § 8. I diritti dei beneficiari. – § 9. Riflessioni conclusive.

## § 1. Introduzione.

La legge 17 marzo 2005, n. 37, promulgata dal Consiglio Grande e Generale della Repubblica di San Marino a seguito della ratifica della Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985 avvenuta con decreto consigliere 20 settembre 2004, n. 119 – di seguito, “L. n. 37/05” – è la prima legge in lingua italiana che disciplina l'istituto del trust(1).

Questa caratteristica induce l'operatore italiano a considerare con particolare familiarità tale normativa ai fini di un suo possibile utilizzo quale legge “straniera” applicabile ad un trust interno italiano, ovvero ad un trust estero costituito in conformità alle disposizioni ivi contenute.

Tuttavia, la scelta della legge sammarinese sul trust, apparentemente così vicina alla nostra percezione giuridica, non può prescindere dalla consapevolezza che essa è inserita in un sistema delle fonti molto diverso da quello italiano, nel quale tuttora coesistono il diritto comune non scritto e singole leggi speciali che la Repubblica ha promulgato limitatamente a determinate materie.

Storicamente, l'ordinamento sammarinese è sempre stato refrattario a dotarsi di una codificazione, ma nel corso degli ultimi decenni si è assistito al proliferare di leggi speciali che hanno “disapplicato” il diritto comune agli istituti giuridici (o ai loro singoli aspetti) che la normativa aveva inteso disciplinare.

Il rapporto fra diritto comune non scritto e legislazione posteriore è sancito dall'art. 3-bis, VI comma, della legge n. 36/02, che dispone che “la consuetudine e il diritto comune costituiscono fonte inte-

grativa in assenza di disposizioni legislative”. Pertanto, laddove esiste una legge speciale regolatrice di una determinata materia, essa prevale sul diritto comune e lo *deroga*, senza però abrogarlo, nel senso che “ogni evento successivo che faccia venir meno l'applicabilità della nuova legge produce la riviviscenza del diritto comune derogato”(2). Qualora, al contrario, non vi sia alcuna legge scritta, il diritto comune *integra* il vuoto normativo, ed è diritto vigente.

Quando la legislazione sammarinese interviene a tutto campo a regolare un determinato istituto in tutti i suoi aspetti, non sorgono particolari problemi interpretativi, perché la normativa si è sovrapposta al diritto comune, rendendo quest'ultimo inapplicabile alla fattispecie, regolata quindi unicamente da una codificazione scritta.

Maggiori problemi sorgono invece quando la legge scritta contiene delle lacune od omette di regolare taluni aspetti, magari anche solo marginali, di un istituto, atteso che in tal caso è necessario fare ricorso al diritto comune, applicabile come detto più sopra in via sussidiaria. In questa seconda ipotesi, l'interprete deve conoscere non solo la singola legge speciale, ma anche il diritto comune e la sua interpretazione fornite dalla giurisprudenza.

Questa breve riflessione introduttiva ci permette di evidenziare sin d'ora un aspetto che l'interprete potrebbe trascurare nello studio e nella scelta della legge sammarinese sul trust: la L. n. 37/05 non esaurisce la disciplina dell'istituto *de quo*, ma lascia alcuni vuoti che devono essere colmati dal diritto comu-

### Note:

Enrica Senini è avvocato in Brescia.

(1) Il testo integrale delle leggi di San Marino sui trust è consultabile in questa Rivista, 2005, 436. I decreti attuativi sono pubblicati *infra*, 453.

(2) F. Treggiari – M. Mularoni – M. Verni, Il trust nella nuova legislazione di San Marino, Rimini, 2005, p. 77. In tema di gerarchia delle fonti nel sistema giuridico sammarinese, v. anche G. Guidi, Le fonti scritte nella Repubblica di San Marino, Torino, 2004, nonché S. Caprioli, Autonomia ed eteronomia nel diritto delle imprese, in Aa. Vv., La legislazione societaria sammarinese, Rimini, 1990.

ne, spesso espressamente richiamato, come accade per esempio all'art. 11, VIII comma.

L'invito è quindi quello di valutare attentamente anche i principî di diritto comune prima di decidere di fare ricorso all'istituto del trust sammarinese, affinché tale scelta avvenga in modo consapevole e conforme alla volontà che il disponente intende attuare.

## § 2. Tipologia di trust ammessi dall'ordinamento sammarinese.

Analogamente ad altre legislazioni in materia di trust e alla stessa Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985 sulla legge applicabile ai trusts e al loro riconoscimento, anche la legge sul trust di San Marino contiene una definizione dell'istituto.

La nozione di trust fornita dalla legislazione sammarinese è incentrata sulla caratteristica fondamentale che sta alla base di tale negozio giuridico: l'art. 2, I comma, dispone che "si ha un trust quando un trustee è titolare di beni nell'interesse di uno o più beneficiari, o per uno scopo specifico". La figura centrale dell'istituto è dunque il trustee, che è *titolare* (dunque, *proprietario*) di un determinato bene o complesso di beni che egli amministra ed impiega nell'interesse di uno o più beneficiari, ovvero per il perseguimento di uno scopo specifico.

Sebbene la definizione normativa faccia perno sulla figura del trustee, essendo egli il soggetto necessario del trust e colui al quale è demandato il compito di amministrare il patrimonio nell'interesse dei beneficiari, o di attuare lo scopo per il quale tale negozio è stato istituito, si ha solitamente un trust quando coesistono i seguenti elementi:

1) un soggetto (denominato "disponente" o "settlor") trasferisce la proprietà di determinati suoi beni al trustee, attribuendo a quest'ultimo il potere-dovere di amministrarli e trasferirli ai beneficiari secondo le disposizioni contenute nell'atto istitutivo;

2) il trustee risulti proprietario dei beni istituiti in trust, seppur "segregati" in un patrimonio distinto dal proprio patrimonio personale e vincolati al perseguimento di quanto disposto nell'atto istitutivo (trasferimento dei beni al beneficiario, o raggiungimento di un determinato scopo);

3) i beni e/o le utilità conseguite dal loro impiego od investimento sono destinati ad uno o più beneficiari, o ad uno scopo specifico voluto dal disponente.

L'art. 2 L. n. 37/05 consente l'istituzione di due ti-

pologie di trust: il cosiddetto "trust con beneficiari" e il "trust di scopo"<sup>(3)</sup>.

Il primo tipo di trust è regolato, oltre che dalle norme generali applicabili a tutti i trust ammessi dalla legislazione in commento, dagli artt. 50 – 53, che disciplinano la figura del beneficiario e i suoi diritti nei confronti del trustee, che consistono, segnatamente, nella possibilità di chiedere al trustee il rendiconto della gestione dei beni (art. 51), il differimento del trasferimento finale dei beni o la devoluzione di questi ultimi in favore di soggetti da essi indicati (art. 52, II comma), di pretendere l'estinzione del trust e il trasferimento dei beni in trust in proprio favore (art. 52, III comma). In caso di inadempimento del trustee ad uno degli obblighi derivanti dalla legge, i beneficiari possono agire nei suoi confronti ai sensi dell'art. 55, chiedendo al tribunale la pronuncia di un provvedimento che ordini al trustee di adempiere l'obbligo o di esercitare una determinata attività richiesta.

Va evidenziato che l'art. 2, III comma, prevede che il disponente e il trustee (quest'ultimo, però, congiuntamente ad un altro soggetto) possano essere beneficiari del trust, sicché mediante l'utilizzo di questo schema negoziale, un soggetto (il disponente) può "segregare" determinati suoi beni e tornare ad essere proprietario una volta cessata la durata del trust<sup>(4)</sup>.

L'altra tipologia di trust disciplinata dalla legislazione sammarinese è il cosiddetto "trust di scopo" (*purpose trust*), cioè il trust nel quale non esiste la figura del "beneficiario", perché il negozio viene isti-

### Note:

(3) Si segnala che ai sensi dell'art. 2, IV comma, il disponente può istituire, con un unico atto, trust con beneficiari e trust di scopo. È quindi possibile che con il medesimo negozio il disponente istituisca due o più trust, alcuni in favore di beneficiari, ed altri aventi la funzione di perseguire un determinato scopo.

(4) Molte altre legislazioni permettono l'utilizzo di tale tipologia di trust, in cui il disponente e il trustee possono essere beneficiari del trust, ovviamente con le limitazioni derivanti dall'esigenza di evitare la nascita di negozi con scopo fraudolento. A titolo esemplificativo, si segnalano l'art. 9, § 12 della Trusts (Jersey) Law 1984 (as amended 1996), che dispone che "a settlor or a trustee of a trust may also be a beneficiary of the trust"; l'art. 8, § 4 della Trusts (Guernsey) Law 1989 (as amended), che prevede che "a settlor or trustee of a trust may also be a beneficiary thereof"; l'art. 9, § 2 del Malta Trust Act (as amended 1994), che consente che il disponente sia anche beneficiario del trust ("a settlor of a trust may be also a beneficiary under the trust"); l'art. 1 della L. 5 gennaio 1984, n. 1 dello Stato di Panama, che definisce il trust come "a legal act by virtue of which a person called the Settlor transfers title to real or personal property to a person called the Trustee or Fiduciary for its administration or disposal in favour of a Beneficiary, who may also be the Settlor".

**Saggi**

tuito per il mero perseguimento di una finalità benefica<sup>(5)</sup> o, più in generale, come dispone l'art. 7, I comma, lett. a), per raggiungere uno scopo determinato, possibile e non contrario a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume.

Nel caso di istituzione di un trust di scopo è obbligatoria la nomina di un guardiano (*protector*), che è tenuto a fare rispettare al trustee le disposizioni contenute nell'atto istitutivo (art. 7, I comma, lett. b).

L'art. 3 circoscrive l'ambito di applicazione della L. n. 37/05 ai soli trust istituiti per manifestazione di volontà del disponente (c.d. *express trust*): rientrano in tale categoria i trust istituiti per atto tra vivi nelle forme di cui all'art. 6 e i trust istituiti per testamento, quale disposizione di ultima volontà (*trust mortis causa*), mentre ne sono esclusi i cosiddetti *trust ope legis*, cioè i *resulting trust* (o "trust residuali"), istituiti non per volontà del disponente manifestata con atto unilaterale, bensì in forza di una disposizione di legge, e i *constructive trust*, disposti dal giudice con sentenza<sup>(6)</sup>.

Oggetto del trust può essere qualsiasi bene originariamente conferito dal disponente, o di cui il trustee diventi titolare nell'esercizio del proprio ufficio a seguito di operazioni di investimento o disinvestimento, ivi compresi i proventi e i frutti prodotti da tali beni. È bene in trust anche quello "che rappresenta il lucro conseguito dal trustee per effetto di eventuali atti o omissioni compiuti in violazione dei propri obblighi".

Come sancito dall'art. 13, I comma, i beni in trust "sono separati dai beni personali del trustee e da quelli di pertinenza di altri soggetti o di altri trust. In particolare:

a) i beni in trust non possono essere oggetto di azioni da parte dei creditori personali del trustee;

b) in caso di concorso dei creditori, o procedura concorsuale del trustee, i beni in trust sono separati dagli altri beni del trustee e sono esclusi dal concorso dei suoi creditori personali;

c) i beni in trust non rientrano tra quelli cui si applica il regime patrimoniale della famiglia e non sono inclusi nella successione del trustee".

Questa "separazione", o "segregazione" patrimoniale tipica del trust comporta l'imposizione di un vincolo di destinazione avente efficacia reale, che determina la costituzione, in capo ad un unico soggetto (il trustee), di più patrimoni distinti e separati fra loro, ciascuno avente una propria destinazione: il patrimonio personale del trustee, vincolato al soddi-

sfacimento dei creditori di quest'ultimo, ed il (distinto e separato) patrimonio del trust, vincolato al perseguimento dello scopo voluto dal disponente.

Ciò fa sì che i beni in trust non possano essere aggrediti né dai creditori del disponente (che non è più proprietario di essi, avendone trasferito la proprietà al trustee, salvi però gli effetti di un'eventuale azione revocatoria), né dai creditori del trustee (poiché i beni in trust sono "segregati" in un distinto patrimonio).

Le vicende personali del trustee sono dunque irrilevanti per i beni in trust: essi, infatti, oltre a non essere aggredibili dai suoi creditori personali, non rientrano nella massa in caso di suo fallimento, non sono compresi nel regime patrimoniale della famiglia e non fanno parte della sua successione.

Il trustee è tenuto ad amministrare i beni in trust rispettando tale separatezza di patrimoni (art. 22, II comma<sup>(7)</sup>) e, in caso di confusione dei beni in trust con il proprio patrimonio personale, il trustee cui non sia imputabile la confusione, il beneficiario o il guardiano possono richiedere al tribunale la separazione ai sensi dell'art. 56, salvo il diritto al risarcimento del danno.

Al fine di rendere effettivo il vincolo di destinazione impresso sui beni in trust, il trustee non solo deve mantenere questi ultimi separati dal proprio patrimonio personale, ma ha altresì l'obbligo di compiere ogni formalità utile a rendere nota ai terzi l'esi-

**Note:**

(5) La legislazione sammarinese ha adottato una nozione ampia di trust di scopo, ricomprendendo in tale categoria non solo i cosiddetti "trust caritatevoli" (*charitable trusts*), costituenti storicamente l'esempio di tale tipologia di trust per gli ordinamenti di stampo anglosassone, ma in genere tutti i trust istituiti per il perseguimento di uno scopo determinato, possibile e lecito.

(6) Nel diritto inglese si ha tradizionalmente un *resulting trust* quando l'atto istitutivo sia carente di alcune disposizioni, per esempio in tema di trasferimento dei beni del *trust fund* ai beneficiari. In tale ipotesi, non essendovi alcuna indicazione sulla definitiva destinazione dei beni, l'*equity* impone l'istituzione di un trust (*resulting*) che vede come beneficiario l'originario disponente, sì da permettere che i beni ritornino nuovamente nel patrimonio di quest'ultimo.

Si ha invece un *constructive trust* quando la volontà del disponente risulta palesata, ma in forma invalida: l'*equity* ritiene in tal caso che tale volontà debba essere comunque salvaguardata, e consente al giudice di istituire con sentenza un trust per perseguire ugualmente l'intento voluto dal disponente. Per ulteriori approfondimenti sulle categorie dei "resulting trust" e dei "constructive trust", v. D. Cherubini - V. Delmonaco, I trusts. L'applicazione dei trusts per la regolamentazione dei rapporti nazionali, Roma, 1999, p. 101 s.

(7) L'art. 22, II comma, dispone che "il trustee deve conservare i beni in trust separati da ogni altro bene nella propria disponibilità, inclusi quelli di pertinenza di altri trust".



stenza di un trust; nel caso in cui determinati atti richiedano degli adempimenti a fini di pubblicità, egli è tenuto ad agire nella propria qualità di trustee (art. 30), manifestando in tal modo l'esistenza di un vincolo di destinazione che "protegge" tali beni da eventuali aggressioni di creditori personali del disponente o del trustee stesso.

### § 3. I requisiti formali e sostanziali dell'atto istitutivo di trust.

L'art. 6 della L. n. 37/05 disciplina i requisiti necessari dell'atto istitutivo di trust.

È prescritto anzitutto un obbligo di forma: il I comma dispone che "il trust è istituito per atto scritto. Qualora l'atto sia tra vivi, è prescritta la forma dell'atto pubblico o della scrittura con sottoscrizione autenticata da un notaio, il quale con l'autentica ne assevera la legalità". Come sancito dal successivo art. 11, I comma, lett. b), tale forma è prescritta a pena di nullità.

A differenza di altre legislazioni in materia di trust, che non prescrivono una determinata forma *ad substantiam* per la valida istituzione di un trust, se non quella richiesta dalla natura dei beni o dei diritti che ne costituiscono l'oggetto, la legge sammarinese ha previsto invece che, indipendentemente dalla natura dei beni che formano oggetto del trust, l'atto istitutivo deve essere sempre redatto in forma scritta a pena di nullità.

Ciò vale anzitutto per i trust istituiti per testamento (*trust mortis causa*)(8), mentre per i trust disposti per atto tra vivi la norma richiede addirittura la forma dell'atto pubblico o della scrittura con sottoscrizione autenticata da un notaio, che ne assevera la legalità.

Il II comma dell'art. 6 elenca una serie di elementi che l'atto istitutivo di trust deve parimenti contenere: (a) la manifestazione di volontà del disponente di istituire il trust; (b) la nomina di un trustee autorizzato o qualificato ai sensi dell'art. 19; (c) l'individuazione dei beni che costituiscono il *trust fund*, o i criteri che conducono alla medesima; (d) nel trust di scopo, lo scopo per il quale è stato istituito il trust e l'individuazione del guardiano, o i criteri che conducono alla medesima; (e) nel trust con beneficiari, l'individuazione del beneficiario, o i criteri che conducono alla medesima; (f) il criterio di distribuzione finale dei beni al termine del trust per cause diverse dalla revoca del trust. Le indicazioni di cui alle lettere a), b),

c), d) ed e) devono essere contenute nell'atto istitutivo a pena di nullità (art. 11, I comma, lett. c).

L'atto istitutivo del trust deve essere trasmesso al trustee il quale, entro quindici giorni dal ricevimento, ne redige un estratto contenente la denominazione del trust scelta dal disponente o, in difetto, dal trustee medesimo, l'indicazione del trustee ed eventuali limitazioni ai suoi poteri, la data dell'atto istitutivo e la durata del trust, la legge regolatrice del trust e l'indicazione se trattasi di un trust con beneficiari, di un trust di scopo (con specifica descrizione dello scopo), o di entrambi (art. 8).

Tale estratto deve essere sottoscritto dal trustee con sottoscrizione autenticata dal notaio, il quale, nei successivi dieci giorni, ne cura il deposito presso l'Ufficio del Registro dei trust istituito a norma dell'art. 9, I e II comma.

### § 4. Cause di invalidità del trust.

L'art. 11 L. n. 37/05 disciplina le cause di invalidità del trust, distinguendo fra ipotesi in cui il trust è nullo ed ipotesi in cui il negozio è invece annullabile.

Si ha nullità quando:

- 1) l'atto istitutivo è contrario a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume;
- 2) l'atto istitutivo non ha la forma richiesta dall'art. 6, I comma della legge;
- 3) mancano o sono indeterminati i requisiti di cui all'art. 6, II comma, lett. a), b), c), d), e)(9);
- 4) mancano i requisiti di cui all'art. 7(10);

#### Note:

(8) È importante sottolineare che l'ordinamento sammarinese ritiene valido anche il testamento orale (c.d. testamento nuncupativo) disposto ai sensi della legge 4 luglio 1985, n. 78, alla presenza di due testimoni. Di conseguenza, ai sensi della normativa in commento, sono validi solamente i trust istituiti mediante testamento o altro atto di ultima volontà avente forma scritta, mentre sono inficiati di nullità i trust disposti mediante testamento orale.

(9) Si tratta della volontà del disponente di istituire un trust, dell'individuazione del trustee autorizzato o qualificato, dell'individuazione dei beni in trust o i criteri che conducono alla medesima, dello scopo del trust (laddove si tratti di trust di scopo), nonché l'individuazione del guardiano o i criteri che conducono alla medesima, dell'indicazione dei beneficiari (laddove si tratti di trust con beneficiari) o dei criteri che conducono alla medesima.

(10) Si tratta dei requisiti necessari dell'atto istitutivo di trust di scopo: l'individuazione di uno scopo determinato, possibile e non contrario a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume; la nomina di un guardiano che abbia l'obbligo di far rispettare le disposizioni contenute nell'atto istitutivo, o i criteri che conducono alla medesima.

**Saggi**

5) l'atto istitutivo del trust è simulato o è simulato il trasferimento di beni al trustee.

In tali casi la nullità è sanata quando la sua causa è stata rimossa (art. 11, I e II comma).

Il trust è altresì nullo quando i beni in trust o una parte di essi servirono o furono destinati a commettere un fatto che costituisce reato, o ne rappresentano il prezzo, il prodotto o il profitto (art. 2, III comma).

La nullità può essere fatta valere da chiunque abbia interesse senza limiti temporali, essendo la relativa azione imprescrittibile, e può essere rilevata d'ufficio dal tribunale; essa, inoltre, non pregiudica i diritti dei terzi che in buona fede abbiano acquistato a titolo oneroso dal trustee dopo l'iscrizione del trust nel Registro di cui all'art. 9.

La nullità di una singola disposizione comporta la nullità totale dell'atto se risulta che il disponente non avrebbe istituito il trust senza la previsione colpita da nullità.

La nullità di singole disposizioni non comporta invece nullità dell'intero atto, quando le disposizioni nulle sono sostituite di diritto da norme imperative.

Mentre le cause di nullità del trust sono espressamente elencate e regolate dall'art. 11, per le ipotesi in cui il trust è annullabile la norma, all'VIII comma, rimanda espressamente ai "casi previsti dal diritto sammarinese come cause di annullamento degli atti a contenuto patrimoniale".

Come già accennato *supra*, § 1, in difetto di specifica codificazione della materia *in parte qua*, occorre fare ricorso al diritto comune che, sul punto, si presenta assai lacunoso e di difficile interpretazione. Non esistono, infatti, le categorie "predefinite" della nullità e dell'annullabilità nell'accezione intesa dal codice civile italiano, ma la patologia del negozio viene di volta in volta individuata dalla giurisprudenza mediante utilizzo di definizioni che sfuggono al tentativo di ricostruire un ordine sistematico.

Come hanno correttamente ricordato alcuni autori che hanno già scritto in materia<sup>(11)</sup>, Enrico Besta, ne "Le obbligazioni nella storia del diritto italiano" del 1937, aveva definito la disciplina della patologia dei rapporti obbligatori nel diritto sammarinese come una "arruffata matassa", "ostica ad una razionale ed ultimativa classificazione".

Per tale motivo, la conoscenza del diritto comune e della giurisprudenza sammarinese pronunciata in relazione alle varie patologie negoziali è fondamentale per la reale comprensione dell'istituto e per il suo utilizzo nella pratica professionale.

**§ 5. I soggetti abilitati a svolgere l'ufficio di trustee.**

La legge sammarinese ha dedicato integralmente il Capo I del Titolo III alla figura del trustee, al "fiduciario" che amministra i beni in trust in attuazione della volontà del disponente.

L'esercizio dell'ufficio di trustee è riservato esclusivamente a due categorie di soggetti: i "trustee autorizzati" e i "trustee qualificati".

Sono trustee *autorizzati* le società bancarie, finanziarie e fiduciarie aventi la sede legale e la sede dell'amministrazione nella Repubblica di San Marino, purché preventivamente autorizzate dall'Autorità di Vigilanza (la Banca Centrale della Repubblica di San Marino) a svolgere l'attività di trustee<sup>(12)</sup>, e la cui compagine sociale sia identificata dall'Autorità di Vigilanza medesima.

Se nessuno tra i beneficiari, il disponente o il guardiano del trust ha la residenza, il domicilio, la cittadinanza o la sede legale nella Repubblica di San Marino, o se lo scopo del trust non deve ivi attuarsi, l'art. 18, IV comma, consente che l'ufficio di trustee possa essere assunto da banche, società fiduciarie e altre imprese di investimento (c.d. trustee *qualificati*) aventi sede legale e sede dell'amministrazione fuori dal territorio della Repubblica, e operanti in regime di reciprocità, purché soggette a vigilanza prudenziale, tenute al rispetto della normativa anti-riciclaggio e non costituite o amministrate in Paesi elencati in un apposito provvedimento dell'Autorità di Vigilanza.

In questa seconda ipotesi, il trustee non deve richiedere la preventiva autorizzazione all'Autorità di Vigilanza.

Ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 11 può assumere l'ufficio di trustee anche una persona fisica, qualora il trust preveda che l'incarico di trustee sia

**Note:**

(11) F. Treggiari – M. Mularoni – M. Verni, Il trust nella nuova legislazione di San Marino [*supra*, nota 2], p. 80.

(12) L'art. 19, III comma, dispone che "l'Autorità di Vigilanza stabilisce con proprio provvedimento: a) le condizioni e le modalità per ottenere l'autorizzazione; b) i requisiti di onorabilità e professionalità richiesti dai soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo nelle società che esercitano l'ufficio di trustee; c) i requisiti di onorabilità dei soggetti che partecipano al capitale sociale delle società che esercitano l'ufficio di trustee; d) le disposizioni sulla vigilanza delle società che esercitano l'ufficio di trustee, gli obblighi di comunicazione, anche in relazione alla delega di funzioni; e) le modalità di rinuncia all'autorizzazione; f) le cause di revoca e di sospensione dell'autorizzazione; g) le modalità di tenuta e di consultazione dell'albo dei trustee autorizzati".

conferito ad una pluralità di soggetti ed almeno uno di essi sia un trustee autorizzato o qualificato.

L'esercizio abusivo dell'ufficio di trustee è sanzionato penalmente dall'art. 59 L. n. 37/05: "chiunque esercita l'ufficio di trustee senza l'autorizzazione di cui alla presente legge, al di fuori dai casi previsti dall'articolo 19, commi 4 e 5, è punito con l'arresto di secondo grado o con la multa da euro 8.000,00 a euro 12.000,00. La violazione dell'articolo 19, commi 4 e 5, comporta le stesse sanzioni previste per l'esercizio non autorizzato dell'ufficio di trustee", salva l'applicazione delle norme penali di cui agli artt. 60 e seguenti.

L'ufficio di trustee, di norma, è a titolo oneroso e il compenso del trustee è determinato nell'atto istitutivo; le somme necessarie (compresi le spese ed i costi sostenuti per l'amministrazione) sono prelevate dai beni in trust, ed il trustee ha diritto di soddisfarsi con preferenza rispetto al beneficiario.

L'ufficio di trustee è invece svolto a titolo gratuito se l'atto istitutivo non prevede l'attribuzione di un compenso a favore del trustee e le modalità della sua determinazione.

## § 6. Poteri e doveri del trustee.

A seguito dell'accettazione espressa o tacita della nomina ex art. 18 L. n. 37/05, sul trustee incombono alcuni obblighi che la legge sammarinese ha disciplinato nel dettaglio agli articoli 21-31.

In estrema sintesi, si osserva che il trustee deve:

1) svolgere il proprio ufficio con la diligenza del buon padre di famiglia, parametrata alla natura professionale dell'attività esercitata (art. 21);

2) tutelare l'integrità dei beni in trust e garantire la separazione di tali beni rispetto a quelli personali, o di pertinenza di altri trust (art. 22);

3) gestire il trust con l'obiettivo di preservarne ed accrescerne il valore, diversificando gli investimenti e potendosi avvalere della consulenza di soggetti dotati di specifiche competenze professionali in materia di gestioni patrimoniali (art. 23);

4) informare per iscritto il disponente di un eventuale conflitto di interessi di cui egli è portatore con il beneficiario o con lo scopo del trust. Inoltre, salvo diversa disposizione dell'atto istitutivo, il trustee non può agire in conflitto di interessi con il beneficiario o con lo scopo del trust, né può, neppure per interposta persona, acquistare la posizione giuridica di beneficiario o accettarla in garanzia, stipulare atti rela-

tivi a beni in trust con se stesso, fare concorrenza per conto proprio e di terzi all'attività esercitata come trustee, procurare a sé o ad altri un vantaggio patrimoniale per effetto del suo ufficio (art. 24);

5) agire in modo imparziale, se il trust ha più di un beneficiario, o più di uno scopo (art. 25);

6) garantire la riservatezza delle informazioni di cui è in possesso per ragioni del proprio ufficio e non impiegarle a proprio vantaggio (art. 26);

7) tenere un Libro degli eventi del trust, numerato progressivamente in ogni pagina e vidimato da un notaio, nel quale registrare tutti gli atti e gli eventi relativi al trust; tenere la contabilità annuale dei fatti amministrativi che interessano i beni in trust, redigere l'inventario dei beni in trust, unitamente ad una relazione contenente il riepilogo e la descrizione dei principali eventi modificativi della consistenza e della composizione dei beni in trust. Nel trust di scopo, il trustee deve inviare al guardiano l'inventario e la relazione di cui sopra, mentre nel trust con beneficiari il trustee deve comunicare a questi ultimi l'esistenza del trust, il nominativo e il domicilio del trustee e le disposizioni dell'atto istitutivo che prevedono tale diritto, gli atti o i fatti modificativi o estintivi di tale diritto, inviare – se richiesto – l'inventario dei beni rispetto ai quali il beneficiario vanta un diritto e la stima del loro valore di mercato (art. 27, 28 e 29);

8) compiere tutti gli atti che prevedono adempimenti ai fini di pubblicità della propria qualità di trustee (art. 30).

Qualora il disponente abbia nominato più trustee, salva diversa disposizione dell'atto istitutivo, essi devono agire congiuntamente, ma ciascuno ha comunque il potere di compiere gli atti urgenti per la conservazione dei beni in trust. Se l'atto istitutivo prevede la possibilità di amministrazione disgiuntiva, ogni operazione relativa ai beni in trust deve essere comunicata preventivamente a tutti gli altri co-trustee, i quali hanno la possibilità di fare annotare il proprio eventuale dissenso sul Libro degli eventi.

Accanto agli obblighi di cui sopra, il trustee dispone dei poteri disciplinati dagli articoli 32-40 della L. n. 37/05.

L'art. 32, I comma, attribuisce al trustee "tutti i poteri spettanti al titolare del diritto che gestisce beni nell'esclusivo interesse altrui, o per perseguire uno scopo determinato. Salve le disposizioni di cui all'articolo 9, comma 7, il trustee dispone dei beni in trust senza limitazioni di sorta, e senza mai giustificare i propri poteri".

**Saggi**

Il trustee ha piena libertà di disporre dei beni in trust, senza alcuna limitazione e senza giustificazione del proprio operato (salvo il disposto dell'art. 9, VII comma), purché rispetti l'interesse dei beneficiari o persegua lo scopo voluto dal disponente. Si tratta quindi di una proprietà "condizionata" alla destinazione impressa sul patrimonio istituito in trust, che impone al trustee di essere proprietario "nell'interesse altrui", o per perseguire un determinato scopo.

L'atto istitutivo può ovviamente prevedere delle limitazioni ai poteri del trustee, che devono essere iscritte nel Registro dei trust della Repubblica di San Marino ai fini della loro opponibilità ai terzi (art. 9, VII comma).

Nello svolgimento della propria attività, il trustee ha il potere di chiedere consulenza a professionisti relativamente a determinati atti da compiere e conferire loro incarico per il compimento di una attività professionale, e può essere tenuto, per previsione espressa contenuta nell'atto istitutivo, ad ottenere il consenso di altri soggetti prima di esercitare un determinato potere(13).

Merita particolare attenzione il disposto dell'art. 34 L. n. 37/05, che prevede che, "salvo diversa disposizione della legge o dell'atto istitutivo, il trustee può delegare i propri poteri quanto al compimento di atti o operazioni relative all'amministrazione dei beni in trust".

A differenza di altre legislazioni (per esempio quella di Jersey o di Malta, in cui vige il principio contrario), la legge sammarinese ha posto come regola generale il potere di delega in capo al trustee, derogabile da una diversa disposizione dell'atto istitutivo, che può limitare o escludere la possibilità di demandare a terzi il compimento di determinati atti relativi all'amministrazione dei beni in trust. L'art. 34, I comma, secondo periodo, esclude in ogni caso la possibilità di delegare il potere di decidere secondo quali modalità e tempi attribuire i beni in trust, di nominare un nuovo trustee e di delegare ulteriormente a terzi.

Il soggetto delegato(14) è sottoposto alla vigilanza del trustee ed è tenuto a rispettare gli stessi obblighi che la legge impone al trustee medesimo(15).

La delega, a pena di nullità, deve risultare da atto scritto avente data certa, individuare il soggetto delegato ed il trust, specificare i poteri delegati e la data da cui ha effetto, non potendo avere durata superiore a centottanta giorni. Essa, inoltre, non può prevedere la possibilità per il delegato di nominare un

proprio sostituto, non può esonerare il delegato da responsabilità nei confronti del trustee e del beneficiario, né prevedere la possibilità di agire in conflitto di interessi con il beneficiario o con lo scopo del trust, ed è sempre revocabile.

L'art. 36 legittima il trustee a depositare i beni in trust, con contratto redatto in forma scritta a pena di nullità, esclusivamente presso banche ed imprese di investimento soggette a vigilanza prudenziale, costituite e amministrate in Paesi non inclusi nel provvedimento della Vigilanza di cui all'art. 19, IV comma, salvo quanto previsto dall'art. 22, III comma(16).

È esclusa la possibilità di stipulare contratti che prevedano il diritto del depositario di nominare un proprio sostituto, che esonerino da responsabilità il depositario nei confronti del trustee o del beneficiario, che limitino la facoltà del depositante di ottenere in qualunque momento la restituzione dei beni e che prevedano la possibilità per il depositario di agire in conflitto di interessi con il beneficiario, o con lo scopo del trust (art. 36, II e III comma).

Fra i poteri che la legge sammarinese attribuisce al trustee vi è anche quello di effettuare anticipazioni a favore di un beneficiario, affinché questi possa affrontare eventi rilevanti della propria vita, "qualora i beni in trust siano prevalentemente composti da de-

**Note:**

(13) Analoghe disposizioni sono contenute anche nelle leggi sui trust di Jersey e di Malta: l'art. 20 della Trust Law di Jersey del 1984 obbliga il trustee a chiedere il consenso di un terzo prima di compiere una determinata attività, così come l'art. 24 del Trust Act di Malta del 1988 prevede che il trustee consulti il *protector* ed ottenga il consenso di quest'ultimo prima di porre in essere un'attività. Sia la legge di Jersey (art. 21), sia la legge di Malta (art. 25) prevedono inoltre la possibilità per il trustee di consultare un professionista in merito a questioni inerenti il trust. [I testi della Trust Jersey Law 1984 e del Trust Act 1988 as amended di Malta sono consultabili in M. Lupoi, *Trust Laws of the World - A Collection of Original Texts*, Roma, 2000, rispettivamente, vol. I, 986, e vol. II, 1279, n.d.r.]

(14) L'art. 34 precisa ulteriormente che nessun potere può essere delegato al beneficiario, e che la scelta relativa agli investimenti del patrimonio in trust può essere delegata solamente a banche o ad imprese di investimento soggette a vigilanza prudenziale, costituite e amministrate in Paesi non inclusi nel provvedimento della Vigilanza di cui all'art. 19, IV comma, della legge.

(15) Si precisa che, ai sensi dell'art. 44, V comma, fermi gli obblighi di vigilanza di cui all'art. 34, VI comma, il trustee non è responsabile dell'inadempimento dei soggetti delegati, laddove la delega sia stata conferita in buona fede e con la diligenza richiesta.

(16) L'art. 22, III comma dispone che "I trustee devono depositare i titoli al portatore presso banche e altri depositari autorizzati alla custodia di valori, soggetti a vigilanza prudenziale e tenuti al rispetto delle norme anticiclaggio". La norma fa salva infine l'applicazione dell'art. 36, II e III comma (v. *infra*, nel testo).

naro, o da beni liquidabili agevolmente”, salvo diversa disposizione dell’atto istitutivo. Si tratta di un potere previsto anche da altre legislazioni sul trust, per esempio quella di Jersey (Trusts (Jersey) Law, 1984, as amended 1996) che dispone all’art. 23 che “subject to the terms of the trust, a trustee may, without the consent of any beneficiary, appropriate trust property in or toward satisfaction of the interest of a beneficiary in such manner and in accordance with such valuation as he thinks fit”, o quella di Guernsey (The Trusts (Guernsey) Law, 1989, as amended), che contiene identica disposizione all’art. 31, o quella di Malta (Trusts Act, as amended 1994), che all’art. 26 § (2) legittima il trustee, “where a beneficiary is a minor and whether or not his interest is a vested interest or an interest which will become vested on attaining the age of majority or a later age or upon the happening of any event” ad anticipare a tale beneficiario tale interesse o parte di esso.

## § 7. Responsabilità del trustee.

La normativa sammarinese disciplina distintamente la responsabilità del trustee nei confronti del beneficiario e la responsabilità per le obbligazioni contratte verso i terzi.

Con riferimento al rapporto fra trustee e beneficiario, l’art. 44 L. n. 37/05, dispone che il trustee che non adempie gli obblighi previsti dalla legge o dall’atto istitutivo è tenuto al risarcimento del danno(17), “se non prova che la perdita è stata determinata da causa a lui non imputabile”. La norma stabilisce un’inversione dell’onere della prova a carico del trustee che, per essere ritenuto esente da responsabilità, deve dimostrare che la perdita subita non dipende da causa a lui imputabile.

La responsabilità non è esclusa se il danno sia compensato in tutto o in parte dal lucro derivante dall’inadempimento, salvo che il lucro sia prodotto dallo stesso atto da cui deriva il danno.

Qualora siano stati nominati più trustee, essi sono solidalmente responsabili dei danni cagionati nell’espletamento del loro ufficio; è esonerato da responsabilità il trustee che abbia trascritto il proprio dissenso nel Libro degli eventi del trust e lo abbia immediatamente comunicato al soggetto indicato nell’atto istitutivo o, in mancanza, al beneficiario o al guardiano(18), ma tale responsabilità in ogni caso non viene meno qualora il trustee, essendo a conoscenza della violazione, non abbia fatto quanto possibile per

impedirne il compimento, o eliminare o attenuare le conseguenze dannose.

Vi è altresì esonerato da responsabilità per volontà del beneficiario ex art. 47, II comma, o per decisione del tribunale, nel caso in cui il trustee abbia agito in buona fede e secondo la diligenza richiesta e l’inadempimento sia scusabile alla luce di tutte le circostanze.

Le clausole contenute nell’atto istitutivo che escludono o limitano preventivamente la responsabilità del trustee per dolo o colpa grave sono nulle ex art. 47, I comma.

Il diritto al risarcimento del danno si prescrive in cinque anni dal momento in cui il beneficiario può far valere la propria pretesa e, se questi è minorenni o incapace, dal raggiungimento della maggiore età o dalla cessazione dello stato di incapacità. La prescrizione è interrotta dalla richiesta di pagamento formulata per iscritto o dal riconoscimento del diritto, mentre è sospesa nei confronti del beneficiario minorenni o incapace, nel caso in cui vi sia stato dolo in pregiudizio delle ragioni derivanti dal trust, finché il dolo non sia stato scoperto.

Con riguardo al rapporto fra trustee e terzi(19), l’art. 49 prevede che il trustee, nell’assumere obbligazioni verso l’esterno, dichiari sempre di agire in qualità di trustee di un trust; in tal caso, la sua responsabilità è limitata al valore dei beni in trust al momento in cui l’obbligazione fu assunta. Qualora, al contrario, il trustee agisca nei confronti dei terzi con dolo o colpa grave senza esplicitare la qualità in virtù della quale assume l’obbligazione, egli risponde con tutto il proprio patrimonio.

Un’ultima annotazione merita l’art. 46 che, con una disposizione innovativa, sconosciuta alle legislazioni di Jersey e di Malta che disciplinano la materia *de qua* in modo molto simile alla normativa sammarinese, prevede la responsabilità solidale (con il trustee) del beneficiario che abbia istigato, richiesto o autorizzato l’inadempimento del trustee.

### Note:

(17) Tale danno comprende sia il danno emergente, sia il lucro cessante (art. 44, II comma).

(18) È interessante notare che sia la legislazione sul trust di Jersey, sia quella di Malta, che disciplinano in modo pressoché identico la responsabilità dei co-trustee, non prevedono l’esonero di responsabilità in caso di trascrizione del dissenso da parte del trustee.

(19) Non sono considerati terzi il disponente, il trustee, il beneficiario ed il guardiano (art. 49, III comma).

## § 8. I diritti dei beneficiari.

La L. n. 37/05 dedica solamente quattro norme alla figura del beneficiario e ai suoi diritti nei confronti del trustee.

L'art. 50 definisce anzitutto il beneficiario come "il soggetto nell'interesse del quale il trust è istituito". Si tratta ovviamente dell'ipotesi in cui il disponente abbia istituito un "trust con beneficiari", cioè un trust destinato, alla sua scadenza, a distribuire i beni e le utilità da essi prodotti a uno o più soggetti (beneficiari).

L'atto istitutivo può prevedere una pluralità di beneficiari, anche non esistenti al momento della istituzione del trust, essendo sufficiente che almeno uno di essi venga in essere entro trenta anni dal momento in cui il trust ha effetto, e può anche prevedere che uno o più soggetti siano aggiunti o esclusi dalla posizione giuridica di beneficiario, mediante atto compiuto nelle forme previste per l'atto istitutivo del trust.

L'atto istitutivo, infine, può sottoporre la posizione giuridica di ciascun beneficiario a condizione o a termine, oppure può limitarne o escluderne il trasferimento a titolo gratuito od oneroso.

I beneficiari hanno diritto di ottenere dal trustee le comunicazioni di cui all'art. 28(20), di ricevere un rendiconto con cadenza almeno annuale e di visionare o chiedere copia degli atti e dei documenti riguardanti i propri diritti.

Essi, inoltre, possono rinunciare in tutto o in parte alla loro posizione giuridica inviando al trustee una comunicazione avente la forma prevista dall'atto istitutivo, e possono altresì chiedere per iscritto al trustee di differire il trasferimento in proprio favore dei beni in trust, pretendere che detto trasferimento avvenga a favore di soggetti da essi indicati, o addirittura pretendere l'estinzione del trust con trasferimento dei beni in proprio favore.

Il beneficiario, infine, può alienare, dare in garanzia o disporre in tutto o in parte della propria posizione giuridica con atto compiuto nelle forme previste dall'atto istitutivo; l'art. 53 utilizza espressamente la locuzione "posizione giuridica" per significare che il beneficiario, fino al momento della devoluzione finale dei beni in suo favore, non è *proprietario* del patrimonio in trust, ma è titolare di un diritto di natura personale nei confronti del trustee(21), e di uno *status* del quale egli può disporre in tutto o in parte.

## § 9. Riflessioni conclusive.

Riflettendo sui principi sopra illustrati, si può concludere che la legge della Repubblica di San Marino sui trust ha senz'altro beneficiato dell'esperienza formata successivamente all'entrata in vigore della Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985; ne è risultato un testo completo che manifesta il chiaro intento del legislatore di voler attribuire rilevanza e credibilità ad un istituto che nella prassi viene utilizzato sempre più frequentemente per regolamentare situazioni che i tradizionali negozi non possono soddisfare.

Tale intento è espresso testualmente all'art. 11, I comma della legge in commento, che commina la sanzione della nullità, fra l'altro, quando l'atto istitutivo o il trasferimento dei beni al trustee risultano simulati, cioè in tutti i casi in cui l'istituto viene utilizzato a scopo fraudolento o per perseguire interessi certamente non meritevoli di tutela.

Infine, la previsione che l'ufficio di trustee debba essere svolto da soggetti qualificati (art. 19), e che in caso di istituzione di trust di scopo sia obbligatoria la nomina di un "guardiano" (art. 7) garantisca un'amministrazione professionale e trasparente dei beni in trust e un controllo sull'effettiva attuazione della volontà del disponente.

Ciò è certamente un dato positivo, in grado di rendere il trust un istituto sempre più competitivo.

### Note:

(20) Si tratta della comunicazione dell'esistenza del trust, del nominativo e del domicilio del trustee e delle disposizioni dell'atto istitutivo che prevedono tale diritto, di tutti gli atti o i fatti che modificano o estinguono tale diritto e dell'inventario dei beni in trust verso i quali il beneficiario vanta un diritto.

(21) V. Corte di Giustizia CE, 17 maggio 1994, causa C-294/92, *George Lawrence Webb c. Lawrence Desmond Webb*, in questa Rivista, 2004, 112.

# Gli adempimenti contabili e fiscali di una *trust company* quale trustee dei trust interni

di Antonello Montanari

**SOMMARIO:** § 1. Premessa. - § 2. Gli adempimenti contabili. - § 2.1. La struttura contabile della *trust company*. - § 2.2. La rappresentazione contabile e il bilancio della *trust company*. - § 2.3. La valorizzazione dei beni in trust. - § 3. Gli adempimenti fiscali. - § 3.1. La richiesta del codice fiscale. - § 3.2. La dichiarazione dei redditi. - § 3.3. Le altre dichiarazioni fiscali.

## § 1. Premessa.

Le *trust company* sono società costituite, sia in forma di società di persone che di capitali(1), per l'esercizio della funzione di trustee e/o di guardiano (*protector*).

In particolare l'oggetto sociale deve prevedere la possibilità di "assumere incarichi per amministrare beni in qualità di "trustee" ai sensi della legge 16 ottobre 1989, n. 364 nonché assumere incarichi di "protector" nell'ambito di "trust" comunque istituiti"(2).

Le *trust company* sono in sostanza società di servizi che esercitano un'attività d'impresa ai sensi dell'art. 2195 del codice civile le quali, nell'adempimento della propria attività, diventano giuridicamente proprietarie dei beni ricevuti in trust.

Le *trust company* non sono soggette a particolari autorizzazioni e a controlli che non siano quelli previsti dall'attuale ordinamento giuridico-contabile(3).

Alle *trust company* si applicheranno, quindi, i principî di redazione del bilancio previsti dal D. Lgs. 9 aprile 1991, n. 127 e non quelli di cui al D. Lgs. 27 gennaio 1992, n. 87 (applicabili agli istituti di credito e agli enti finanziari) non ritenendosi rientrare l'attività svolta dalle *trust company* fra le prestazioni di servizi finanziari riservati.

## § 2. Gli adempimenti contabili.

### § 2.1. La struttura contabile della *trust company*.

La *trust company* costituita in forma di società di capitali dovrà istituire, conservare ed aggiornare tut-

ti i libri sociali, contabili e fiscali previsti sia dal codice civile che dalla normativa tributaria annotando in essi tutti gli accadimenti amministrativi relativi all'attività esercitata.

Inoltre, in ossequio ad una prassi dei trust interni(4), dovrà porre in essere il così detto "Libro degli eventi"(5) sul quale annotare qualunque avvenimento del quale il trustee ritenga opportuno conservarne memoria(6).

Non si tratta nella sostanza di un libro contabile o fiscale, ma di "[...] una sorta di forma documentaria negozialmente prevista che consente ai terzi di fare affidamento sulle sue risultanze (mancando da

#### Note:

Antonello Montanari è dottore commercialista in Bologna.

(1) Nella presente relazione si esaminerà il caso delle *trust company* costituite in forma di società di capitali.

(2) Questa espressione accompagna anche l'oggetto sociale di molte società fiduciarie disciplinate dalla legge 23 novembre 1939, n. 1966, dal R. D. 22 aprile 1940, n. 531 e dal D. M. 16 gennaio 1995 e successive norme in materia.

(3) Qualora la società svolgesse anche attività fiduciaria sarebbe soggetta alle norme sopra viste.

(4) "Sono definiti "interni" i trust che non presentano significativi elementi di contatto con ordinamenti giuridici stranieri; al contrario i dati obiettivi e soggettivi puntano al nostro Paese e l'unico dato di estraneità riguarda la legge (straniera) dalla quale sono regolati" (così M. Lupoi, Prefazione, in N. Canessa, I trust interni, Milano, 2001).

(5) Il Libro degli eventi dovrà essere vidimato in esenzione, però, dall'imposta di bollo ai sensi dell'art. 16 della Tariffa allegata al D.P.R. 29 settembre 1973, n. 642.

(6) Si riporta qui di seguito l'esempio, tratto da un atto di trust, di istituzione del libro degli eventi: "art.... - Il Trustee è obbligato a istituire, custodire e aggiornare il "Libro degli eventi del Trust" da vidimarsi a cura di un Notaio.

Il Trustee registrerà in tale libro ogni avvenimento del quale ritenga opportuno conservare la memoria e comunque ogni pagamento eseguito a favore dei Beneficiari.

In ogni caso, il Trustee annoterà gli estremi e il contenuto di qualsiasi atto per il quale la forma scritta sia prescritta in questo Strumento o del quale sia comunque opportuno prevenire la dispersione e manterrà una raccolta completa di tali atti.

Il "Libro degli eventi del Trust" sarà custodito dal Trustee.

Chiunque contragga con il Trustee è legittimato a fare pieno affidamento sulle risultanze del "Libro degli Eventi del Trust".

**S a g g i**

noi la libertà di prova che esiste nel diritto inglese)"(7).

**§ 2.2. La rappresentazione contabile e il bilancio della trust company.**

Si è prima visto che le *trust company* sono società di servizi create appositamente per lo svolgimento delle attività di trustee e/o di guardiano (*protector*) alle quali si applicano i normali principi di redazione del bilancio di cui all'art. 2423 e seguenti del codice civile.

Tuttavia, nell'adempimento di tale specifica attività, la *trust company* assumerà le obbligazioni di destinazione dei beni ricevuti in trust con il conseguente obbligo di rappresentazione in bilancio.

Tale obbligo potrebbe essere attuato secondo le seguenti soluzioni contabili.

*Indicazione dei beni in trust in calce allo stato patrimoniale (c.d. "sotto la riga")*(8).

Non si ritiene consigliabile tale metodologia di contabilizzazione in quanto il sistema dei "conti d'ordine" è utilizzato normalmente per indicare i beni che non sono di proprietà della società(9) mentre la *trust company* ha la piena e totale titolarità giuridica dei beni in trust.

*Indicazione dei beni in trust nel bilancio d'esercizio*(10).

I beni in trust, nel rispetto della titolarità giuridica e del vincolo di destinazione, sono contabilizzati ed evidenziati nel bilancio d'esercizio in apposite sezioni dello stato patrimoniale (eventualmente) del conto economico e della nota integrativa.

Si osservi, infatti, che se da un lato i beni trasferiti al trustee diventano di sua proprietà, dall'altro lato il trustee non consegue alcun incremento del proprio patrimonio netto né tanto meno, in caso di successivo trasferimento dei beni ai beneficiari, alcun decremento dello stesso.

I beni, pur appartenendo alla *trust company*, devono essere a tutti gli effetti segregati in quanto:

- sono separati dal patrimonio sociale del trustee;
- non sono in alcun caso aggredibili dai creditori sociali del trustee;
- non fanno parte in alcun modo della massa attiva in sede fallimentare o esecutiva del trustee.

Ai fini contabili si ritiene, quindi, necessario istituire appositi libri giornali e inventari sezionali intestati ad ogni singolo trust sul quale riportare gli accadimenti amministrativi dei beni in trust.

Tali sezionali affiancheranno il libro giornale generale e il libro inventari generale della *trust company* sui quali sarà riportato, per saldo di conto alla fine dell'esercizio (si veda oltre), quanto annotato nei registri contabili sezionali.

La separata contabilizzazione delle operazioni relative ai beni in trust consentirà alla *trust company* di predisporre con più facilità il rendiconto periodico o finale(11) da sottoporre ai soggetti indicati nell'atto istitutivo (il guardiano, i beneficiari o il comitato dei beneficiari)(12).

Questa modalità di contabilizzazione è conforme anche a quanto indicato dall'OIC (Organismo Italiano di Contabilità) con il Documento contabile n. 2 dell'ottobre 2005 relativo ai profili contabili e di bilancio dei patrimoni destinati ad uno specifico affare, istituito nuovo del diritto societario italiano disciplinato dagli art. 2447 *bis* -2447 *novies* del codice civile(13).

L'OIC evidenzia, in particolare, come l'art. 2447 *sexies* del codice civile preveda che per ciascuno affare cui un patrimonio è destinato, gli amministratori della società debbano tenere "[...] separatamente i libri e le scritture contabili prescritti dall'art. 2214 e seguenti" e che "[...] per ogni patrimonio destinato e per ogni specifico affare vanno tenuti appositi:

- libro giornale e libro inventari;

**Note:**

(7) Così M. Lupoi, L'atto istitutivo di trust, Milano, 2005, p. 237.

(8) Si veda l'art. 2424, III comma, del codice civile e il Documento n. 22 dell'OIC del 30 maggio 2005 che sostituisce il Principio contabile nazionale n. 22 del luglio 1997.

(9) Il sistema dei conti d'ordine è utilizzato dalle società fiduciarie di cui alla legge 23 novembre 1966, n. 1939 per l'indicazione dei beni di terzi.

(10) Ai sensi dell'art. 2423 del codice civile il bilancio d'esercizio è costituito dallo stato patrimoniale, dal conto economico e dalla nota integrativa.

(11) La periodicità del rendiconto varierà in funzione dei beni amministrati e secondo quanto disposto nell'atto istitutivo del trust.

(12) Si riporta un esempio di obbligo di rendiconto tratto da un atto di trust: "art... - Su richiesta del Guardiano il Trustee sarà tenuto ad inviare a quest'ultimo, entro trenta giorni dalla richiesta scritta, l'inventario dei Beni in Trust, unitamente ad una relazione sull'amministrazione. Ove il Guardiano lo richieda, il Trustee deve sottoporsi ad una verifica contabile ed amministrativa condotta da un professionista abilitato, nominato dal richiedente e compensato dal Trust".

(13) È evidente l'assimilazione del trust con l'istituto dei patrimoni destinati ad uno specifico affare così come è stato acutamente evidenziato in dottrina da D. Rossano, Fondo patrimoniale e patrimoni destinati, Notariato, 2003, 423 e da G. Bei, Società per la cartolarizzazione dei crediti: spunti su alcuni aspetti problematici, Società, 2003, 1217.



– contabilità separata in partita doppia che porti ad uno stato patrimoniale e ad un conto economico dell'affare”.

Inoltre, afferma sempre l'OIC, “[...] le scritture “separate” devono poi confluire nel libro giornale generale, in quanto il risultato annuale e lo stato patrimoniale dell'affare, fanno parte, rispettivamente, del risultato generale e dello stato patrimoniale del bilancio della società”.

Infine il processo di confluenza “[...] potrà avvenire per saldi di conto e non per singole scritture contabili, con le medesime tecniche della contabilità sezionale, tali da consentire un raccordo con la contabilità generale della società”.

Ai fini fiscali si segnalano la risoluzione 31 ottobre 2002, n. 341, Agenzia delle Entrate, e la risoluzione n. 428 del 15 luglio 1980, Ministero delle Finanze, relative alle problematiche connesse al riepilogo riassuntivo nel libro giornale generale delle operazioni annotate nei libri giornali sezionali.

Si è prima affermato che il trustee non consegue alcun incremento del proprio patrimonio netto in conseguenza dei beni ricevuti in trust.

Ciò porta, quindi, alla naturale conclusione che la *trust company*, in sede di formazione annuale del bilancio di esercizio, indicherà i beni detenuti in trust sia nell'attivo che nel passivo dello stato patrimoniale per pari importo.

Si renderà, quindi, opportuno aggiungere nell'attivo e nel passivo delle nuove voci per l'indicazione dei beni detenuti in trust(14) e cioè:

– nell'*attivo* – dopo la lettera D (Ratei e risconti, con separata indicazione del disaggio sui prestiti) e il totale delle attività – la lettera E) titolandola “Attività detenute in trust” oppure “Attività in trust” oppure “Beni e diritti in trust”;

– nel *passivo* – dopo la lettera E (Ratei e risconti, con separata indicazione del disaggio sui prestiti) e il totale delle passività – la lettera F) titolandola “Debiti verso beneficiari per beni in trust” oppure “Passività dei trust” oppure “Debiti relativi ai beni in trust”.

Il conto economico, invece, non dovrebbe evidenziare gli eventuali componenti di reddito relativi alla gestione dei beni in trust posto che, come in precedenza osservato, la gestione di detti beni non può generare accrescimenti o decrementi patrimoniali per il trustee.

Si potrebbe, però, aggiungere, ai fini di maggiore chiarezza, dopo la lettera E (Proventi ed oneri straordinari) del conto economico di cui all'art. 2425 del

codice civile, la lettera F, denominandola “Proventi ed oneri dei trust”, nella quale indicare l'ammontare dei proventi dei beni in trust (Fa), l'ammontare degli oneri dei beni in trust (Fb) nonché il risultato positivo o negativo della gestione (Fc) con il conseguente azzeramento dell'importo(15).

In pratica il risultato della gestione dei beni in trust emergente dal conto economico andrà imputato in aumento o in diminuzione delle passività relative ai beni in trust sì che le “nuove” voci E) ed F) dello stato patrimoniale risultino sempre di pari importo(16).

In nota integrativa occorrerà, poi, dare le informazioni relative a beni in trust utilizzando il punto 20 dell'art. 2427 (Contenuto della nota integrativa)(17) per l'assimilazione dei beni in trust con l'istituto dei patrimoni destinati ad uno specifico affare (*supra*, nota 13) integrando, però, l'informazione come segue: “punto 20 – Beni e rapporti giuridici relativi ai patrimoni destinati ad uno specifico affare ai sensi della lettera a) del primo comma dell'art. 2447/bis del Codice Civile. La società non ha istituito patrimoni destinati ad uno specifico affare”.

I beni e i diritti ricevuti in trust vengono commentati in apposita sezione della nota integrativa denominata “Altre informazioni – Beni e diritti ricevuti in trust”.

*Altre informazioni - Beni e diritti ricevuti in trust.*

La società ha ricevuto beni e diritti in trust in applicazione della Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985, ratificata dalla Repubblica italiana con legge 16 ottobre 1989, n. 364, entrata in vigore il 1° gennaio 1992.

**Note:**

(14) L'art. 2423 *ter* del codice civile (Struttura dello stato patrimoniale e del conto economico) al terzo comma così dispone: “Devono essere aggiunte altre voci qualora il loro contenuto non sia compreso in alcuna di quelle previste dagli art. 2424 e 2425”.

(15) Per esempio:

.....	
F) Proventi ed oneri dei trust:	
a) proventi	26.000
b) oneri	-34.000
c) disavanzo della gestione	8.000
	0
Totale lettera F)	0

(16) Si veda *infra*, l'esempio numerico.

(17) “Art. 2427 - La nota integrativa deve indicare, oltre a quanto stabilito da altre disposizioni:

[...] 20) i dati richiesti dal terzo comma dell'art. 2447/septies con riferimento ai patrimoni destinati ad uno specifico affare ai sensi della lettera a) del primo comma dell'art. 2447/bis”.

**S a g g i**

Detti beni e diritti, ancorché appartenenti giuridicamente alla scrivente società, costituiscono “patrimoni separati e segregati” e non formano, quindi, in alcun modo parte del patrimonio netto.

Conseguentemente nell’attivo dello Stato patrimoniale, alla voce “Attività detenute in trust” (oppure “Attività in trust” oppure “Beni e diritti in trust”) sono stati iscritti i beni ricevuti in trust e detenuti dalla scrivente società quale trustee e, di contro, nel passivo dello Stato patrimoniale è stata iscritta una voce di pari importo denominata “Debiti verso beneficiari per beni in trust” (oppure “Passività dei trust” oppure “Debiti relativi ai beni in trust”).

In allegato “sub ...”) è indicata la composizione dei beni e dei diritti in trust con evidenziato il risultato della loro gestione.

L'allegato “sub ...”) al bilancio potrebbe essere così rappresentato:

**Beni in trust al 31 dicembre .....**

<b>A T T I V I T À</b>	
Disponibilità liquide	492.000
Immobili	1.000.000
<b>Totale attività detenute in trust</b>	<b>1.492.000</b>
<b>P A S S I V I T À</b>	
Debiti verso beneficiari	1.500.000
Risultato della gestione	(8.000)
<b>Totale passività detenute in trust</b>	<b>1.492.000</b>
<b>R I C A V I</b>	
- da beni in trust	26.000
<b>Totale ricavi da beni in trust</b>	<b>26.000</b>
<b>C O S T I</b>	
- da beni in trust	34.000
<b>Totale costi da beni in trust</b>	<b>34.000</b>
Risultato della gestione	(8.000)

Non si ritiene di dovere fornire ulteriori informazioni posto che l’atto istitutivo di trust potrebbe contenere, come spesso contiene, una clausola di riservatezza(18).

D'altra parte le necessarie informazioni per i “beneficiari” o il “guardiano”, saranno fornite dal trustee, come già ricordato, a mezzo del rendiconto.

*Indicazione dei beni in trust nella sola nota integrativa.*

In considerazione della già ricordata titolarità giuridica dei beni in trust che tuttavia non può e non deve comportare l'emergere di ricavi o di utilità per il trustee, la *trust company* procederà ad annotare i

beni e gli accadimenti amministrativi legati ai beni in trust in appositi registri sezionali – come sopra visto – sì da rappresentare un'autonoma ed indipendente contabilità senza, però, riportare i totali sul libro giornale generale della *trust company* né, tanto meno, indicazione alcuna nel conto economico.

Tale autonoma contabilità assumerà, inoltre, la funzione del rendiconto in precedenza visto.

In sostanza lo stato patrimoniale e il conto economico evidenzieranno il solo patrimonio personale del trustee senza “inquinamento” alcuno.

La nota integrativa dovrà però, riportare – seppure succintamente al fine comunque di rispettare sempre il principio di riservatezza – le indicazioni sulla consistenza e sulla natura dei beni in trust.

Così operando si risponderà all'esigenza di informare i terzi che la titolarità giuridica dei beni in trust è di spettanza del trustee ancorché questi siano segregati perché destinati esclusivamente a soddisfare gli interessi di terzi.

Questa metodologia di contabilizzazione è in linea con le indicazioni fornite dalla Banca d'Italia con suo provvedimento del 29 marzo 2000(19) in tema di cartolarizzazione di cui alla legge 30 aprile 1999, n. 130 e che in via prettamente analogica possono risultare utilizzabili per la fattispecie in esame.

Detto provvedimento ha, infatti, affermato che “[...] le informazioni contabili relative a ciascuna operazione di cartolarizzazione trovino separata evidenza in appositi allegati alla nota integrativa”(20).

**Note:**

(18) Si riporta qui di seguito l'esempio di una clausola di riservatezza: “Art. ... Salvo quanto disposto da questo Strumento o dalla legge regolatrice del Trust e dal provvedimento di un Giudice avente giurisdizione in forza degli articoli che precedono o per altra causa, o in quanto sia ritenuto dal Trustee necessario in relazione al compimento di un atto di amministrazione o di disposizione o alla difesa in un procedimento giudiziario o all'ottenimento di un parere professionale, il Trustee è tenuto a non comunicare a terzi alcuna informazione e a non consegnare alcun documento riguardanti il Trust. Il Trustee fornirà ogni informazione necessaria ai Beneficiari atta a dare loro contezza dei redditi del Trust e della loro fonte. Peraltro il Trustee consegnerà ogni documento riguardante il Trust ai Beneficiari al termine del Trust”.

(19) Consultabile in G.U. 3 aprile 2000, n. 78.

(20) L'Agenzia Centrale delle Entrate, con risoluzione n. 54/E del 26 febbraio 2002, ha però affermato che “[...] né le disposizioni contenute nella legge 130/99, né il documento della Banca d'Italia del 29 marzo 2000 esimono la società veicolo dalla registrazione contabile delle vicende della gestione nelle scritture contabili obbligatorie previste dall'art. 14 del DPR 600/73.

Al fine di consentire una rappresentazione fedele e “separata” di tutte le vicende dei singoli patrimoni cartolarizzati, si ritiene preferibile tenere appositi sezionali del libro giornale ed un piano dei conti che rubrici sotto apposite voci i conti riferibili ai patrimoni stessi”.

La *trust company* riporterà, poi, in nota integrativa, le informazioni concernenti i beni in trust come segue:

“Informazioni relative ai beni in trust.

La società ha ricevuto beni in trust in applicazione della Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985, ratificata dalla Repubblica italiana con legge 16 ottobre 1989, n. 364, entrata in vigore il 1° gennaio 1992.

Detti beni e diritti, ancorché appartenenti giuridicamente alla scrivente società, costituiscono “patrimoni separati e segregati” e non formano, quindi, in alcun modo parte del patrimonio netto.

In allegato “sub.....”) è indicata la composizione dei beni e dei diritti in trust nonché il risultato della gestione”.

L'allegato “sub...”) al bilancio potrebbe venire così rappresentato:

**Beni in trust al 31 dicembre .....**

Descrizione dei beni in trust	Costo relativo ai beni in trust
Disponibilità liquide	492.000
Immobili	1.000.000
<b>Totale dei beni in trust</b>	<b>1.492.000</b>
<b>Ricavi e costi della gestione</b>	
Ricavi relativi ai beni in trust	26.000
Costi relativi ai beni in trust	34.000
<b>Risultato della gestione</b>	<b>(8.000)</b>

### § 2.3. La valorizzazione dei beni in trust.

Si è più volte detto che la *trust company* ha la titolarità giuridica dei beni e che pertanto la “proprietà” di questi ne rende necessaria la rappresentazione contabile seppure in forme diverse.

Si pone però il problema di come valorizzare i beni ricevuti in trust per la mancanza di un prezzo di acquisto o di conferimento.

Infatti negli atti di trust vengono solitamente indicati e descritti i beni oggetto di conferimento senza l'indicazione del loro valore(21).

*Nulla quaestio* per quanto concerne la contabilizzazione di somme di danaro o di depositi rivenienti da c/c di corrispondenza che andranno iscritti, ovviamente, sulla base del valore nominale.

Per i beni mobili iscritti in pubblici registri (per esempio autovetture) si potrà utilizzare il valore di mercato desunto, per esempio, dai dati pubblicati su riviste del settore (Quattroruote) oppure sulla base del prezzo di acquisto o sulla base del valore dichiarato nell'ultima polizza di assicurazione.

Per gli altri beni mobili (si pensi, per esempio, ad una importante collezione di opere d'arte) si potrà utilizzare il valore desunto da apposita perizia o il valore indicato in una eventuale polizza di assicurazione.

In mancanza di tutto ciò si ritiene accettabile l'indicazione del valore simbolico di un euro(22).

Per le partecipazioni (azioni e quote) non quotate, potrà essere utilizzato un valore pari al valore nominale come pure un valore pari al prezzo di acquisto o di sottoscrizione sostenuto dal *disponente*.

Per le azioni quotate e per tutti gli altri strumenti finanziari si utilizzerà l'ultimo valore di mercato desunto dalle riviste specializzate o il valore indicato in un eventuale *dossier o portafoglio titoli* già intestato al *disponente*.

Infine, per i beni immobili sarà sufficiente indicare un valore pari alla rendita catastale rivalutata come pure il prezzo di acquisto a suo tempo sostenuto dal *disponente*.

In conclusione si ritiene che qualunque sia il valore utilizzato dalla *trust company* per l'indicazione nello stato patrimoniale o nella sola nota integrativa dei beni in trust, ciò non confligga con i principî di verità e chiarezza di cui all'art. 2423 del codice civile né con il postulato della prevalenza della sostanza sulla forma di cui all'art. 2423 *bis* del codice civile posto che, come in precedenza visto, i beni in trust non incrementano né decrementano il patrimonio netto della *trust company*.

## § 3. Gli adempimenti fiscali.

### § 3.1. La richiesta del codice fiscale.

Il primo adempimento della *trust company* sarà quello di richiedere il codice fiscale relativo ad ogni

.....  
**Note:**

(21) Questo modo di formare gli atti di trust dovrà essere rivisto alla luce anche di quanto affermato dalla Direzione Regionale dell'Agenzia delle Entrate dell'Emilia Romagna in risposta ad un interpello del 2 novembre 2005 (in questa Rivista, 2006, 322) che ha ritenuto doversi scontare, al momento del trasferimento dei beni in trust, l'imposta proporzionale di registro del 3% in applicazione dell'art. 9, Tariffa, Parte prima, del D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131, in luogo dell'imposta fissa di registro.

(22) Con un procedimento abbastanza consueto, la prassi contabile indicava con una lira il valore di una immobilizzazione completamente ammortizzata al fine di continuare a farla apparire in bilancio.

**Saggi**

trust istituito e del quale essa società abbia assunto l'incarico di trustee(23).

Non sarà, naturalmente, necessaria la richiesta del codice fiscale per la particolarità dei beni o dei diritti costituenti i beni in trust.

Si pensi ad un trust istituito per la semplice detenzione e conservazione di beni mobili quali una collezione d'arte(24).

La richiesta del codice fiscale sarà presentata dalla *trust company* presso un qualunque ufficio dell'Agenzia delle Entrate compilando il Mod. AA5/5 denominato "Domanda di attribuzione del numero di codice fiscale (Soggetti diversi dalle persone fisiche)"(25) qualora il trust istituito non svolga un'attività commerciale o meglio un'attività che imponga l'attribuzione non solo del codice fiscale ma anche della partita IVA.

Infatti, le Avvertenze al Mod. AA5/5 indicano che "Il modello deve essere compilato e presentato [...] nei seguenti casi:

1. DOMANDA DI ATTRIBUZIONE DEL NUMERO DI CODICE FISCALE da parte dei soggetti NON CONTRIBUENTI IVA non in possesso del numero di codice fiscale [...]".

È il caso, per esempio, di quei trust istituiti per la gestione di beni immobili, di somme di danaro investite in strumenti finanziari, di conti correnti di corrispondenza, di partecipazioni societarie e quindi, in sostanza, di tutti quei beni che non possono generare attività d'impresa(26).

L'assenza di istruzioni per la compilazione del predetto modello AA5/5 comportano nella pratica operativa i seguenti accorgimenti:

– in corrispondenza del "codice di attività" occorrerà indicare il codice di attività svolta in via prevalente o principale desunto dalla classificazione delle attività economiche vigenti al momento della presentazione del modello (Atecofin 2004)(27);

– in corrispondenza della natura giuridica occorrerà indicare il codice 13 – "Altre organizzazioni di persone o di beni senza personalità giuridica (escluse comunioni)", desunto dalla "Tabella natura giuridica" di cui alle istruzioni al modello AA7/7 (vedi *infra*);

– in corrispondenza dei dati relativi al rappresentante (quadro C) occorrerà indicare i dati del legale rappresentante della *trust company* (ancorché il rappresentante del trust sia proprio la stessa *trust company* quale trustee nominato nell'atto istitutivo del trust stesso) posto che i dati richiesti sono solo il cognome ed il nome del rappresentante.

Nel caso, invece, di trust svolgenti un vera e propria attività commerciale(28) (si pensi ad un trust istituito per la gestione di un'azienda), la *trust company* dovrà presentare ad un qualsiasi ufficio dell'Agenzia delle Entrate il Mod. AA7/7 denominato "Domanda di attribuzione del numero di codice fiscale e dichiarazione di inizio attività, variazione dati o cessazione di attività ai fini IVA (soggetti diversi dalle persone fisiche)"(29).

L'Agenzia delle Entrate attribuirà, quindi, alla *trust company* il numero di partita IVA, coincidente con il codice fiscale, che resterà invariato fino al momento di cessazione dell'attività (così specificano le istruzioni al modello).

Qualora, invece, la *trust company* fosse già in possesso del codice fiscale richiesto a suo tempo con il

**Note:**

(23) Si dà per acquisito il concetto che soggetto passivo d'imposta sia il trust e non il trustee.

La Direzione Regionale dell'Agenzia delle Entrate dell'Emilia Romagna, nello studio pubblicato nel corso del 2002, ha affermato che "Il trust, inteso come struttura patrimoniale segregata, può essere considerato soggetto passivo IRPEG, quale organizzazione non appartenente ad altri soggetti ai sensi dell'art. 87, comma 2, del Tuir".

E ancora: "Nell'ambito dell'art. 87 del Tuir il trust va considerato come ente non commerciale. La tassazione avviene, analogamente a quanto accade per le persone fisiche, secondo le regole proprie delle categorie di appartenenza di ciascun reddito".

Il riferimento all'art. 87 è ora da sostituire con l'art. 73 del TUIR come modificato dal D. Lgs. 1 dicembre 2003, n. 344 in vigore dall'1 gennaio 2004.

(24) L'art. 6 del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 605, concernente le disposizioni dell'anagrafe tributaria e dell'attribuzione del codice fiscale, specifica gli atti e i documenti per i quali occorre indicare il codice fiscale (le fatture emesse da un soggetto IVA, le richieste di registrazione, le dichiarazioni dei redditi, ecc.).

Risulta, quindi, estremamente improbabile, nel caso indicato, l'utilizzazione del codice fiscale.

(25) Il modello AA5/5 è stato approvato con D. M. 23 dicembre 1976.

(26) Occorre prestare particolare attenzione all'attività del trust istituito posto che, per esempio, la gestione di beni immobili potrebbe, in realtà, configurarsi come attività d'impresa e come tale soggetta a tutti gli adempimenti IVA, imposte dirette ed IRAP.

(27) In pratica risulta problematico individuare il corretto codice di attività.

Mentre nel caso di trust istituiti per la gestione di beni immobili si ritiene utilizzabili sia il codice 70.20.0 che il codice 70.32.0, negli altri casi regna la più assoluta incertezza (si pensi a trust istituiti per la gestione di partecipazioni e per la gestione di strumenti finanziari).

Si potrebbe, in conclusione, utilizzare il codice 91.11.2 (Attività di associazioni, unioni, federazioni fra istituzioni) come pure il codice 91.33.8 (Attività di altre organizzazioni associative n. c.a.).

(28) Si tratta di un'ipotesi che presenta uno scarso rilievo applicativo.

(29) Si veda il Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate del 12 novembre 2002, G.U. 6 dicembre 2002, n. 286, suppl. ord. n. 226.

Mod. AA5/5, la presentazione del Modello AA7/7 comporterà l'attribuzione della sola partita IVA.

### § 3.2. La dichiarazione dei redditi.

Si è in precedenza visto<sup>(30)</sup>, che il trust, quale soggetto passivo d'imposta, è equiparabile ad un ente non commerciale con la conseguenza che la *trust company* dovrà presentare per ogni trust istituito e di cui sia trustee, il modello "UNICO – Enti non commerciali ed equiparati".

Il decreto legislativo 12 dicembre 2003, n. 344 (Riforma dell'imposizione sul reddito delle società a norma dell'art. 4 della legge 7 aprile 2003, n. 80) non ha modificato le norme per la tassazione degli enti non commerciali, come dispone l'art. 3, I comma, lett. a), della legge 7 aprile 2003, n. 80.

Detta norma prevede di includere gli enti non commerciali tra i soggetti passivi dell'IRE al pari delle persone fisiche.

Tale mancata modifica comporta, quindi, il permanere degli enti non commerciali fra i soggetti passivi all'imposta sul reddito delle società (IRES) con applicazione di un'imposta con aliquota proporzionale del 33%.

Tuttavia, il reddito complessivo degli enti non commerciali è rappresentato dalla sommatoria dei redditi fondiari, dei redditi di capitale, dei redditi d'impresa e dei redditi diversi al pari delle persone fisiche.

L'art. 143 del nuovo TUIR specifica, infatti, al primo comma, che "Il reddito complessivo degli enti non commerciali di cui alla lettera c) del comma 1 dell'art. 73 è formato dai redditi fondiari, di capitale, d'impresa e diversi [...]" e che (secondo comma) "Il reddito complessivo è determinato secondo le disposizioni dell'art. 8".

Il primo periodo del primo comma dell'art. 8, di cui al Titolo I – Imposta sul reddito delle persone fisiche – recita a sua volta: "Il reddito complessivo si determina sommando i redditi di ogni categoria che concorrono a formarlo e sottraendo le perdite derivanti dall'esercizio di imprese commerciali di cui all'art. 80 e quelle derivanti dall'esercizio di arti e professioni".

Particolare attenzione dovrà, però, essere posta nel caso di percezione di dividendi da parte del trust quale ente non commerciale.

La lettera q) dell'art. 4 (Disposizioni transitorie ed entrata in vigore) del D. Lgs. 12 dicembre 2003, n.

344, ha disposto, infatti, un regime transitorio di tassazione dei dividendi percepiti dagli enti non commerciali fino a quando tali enti non verranno inclusi fra i soggetti passivi dell'IRE ai sensi dell'art. 3 della legge 7 aprile 2003, n. 80.

Tale articolo stabilisce che gli utili percepiti dagli enti non commerciali di cui all'art. 73, lettera c) del TUIR concorrono alla formazione del reddito imponibile nella sola misura del 5% al pari di un qualunque soggetto all'IRES.

"La stessa disposizione prescrive, inoltre, che nel primo periodo d'imposta che inizia a decorrere dall'1.1.2004, sull'ammontare imponibile degli utili (5%), in qualsiasi forma corrisposti da soggetti di cui all'art 23, comma 1, del DPR n. 600 del 1973 agli enti non commerciali viene operata una ritenuta d'acconto del 12,5%.

Nei periodi d'imposta successivi non deve essere, quindi, applicata alcuna ritenuta e gli utili, nella misura del 5% indicata dalla norma, concorrono alla formazione del reddito imponibile degli enti in argomento"<sup>(31)</sup>.

Nel caso invece di percezione di interessi attivi derivanti dalla gestione di un conto corrente bancario o postale, la ritenuta del 27%, operata ai sensi del II comma dell'art. 26 del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, sarà da considerarsi a titolo d'imposta ai sensi del IV comma del già citato art. 26, posto che l'ente non commerciale è equiparato fiscalmente ad una persona fisica.

In sede di compilazione dell'UNICO – Enti non commerciali ed equiparati occorrerà prestare attenzione nella compilazione del frontespizio del modello posto che viene richiesto il cognome e il nome della persona fisica rappresentante l'ente (il trustee).

Come già visto in occasione della compilazione del Modello AA5/5 occorrerà indicare, anche in questo caso, i dati del legale rappresentante della *trust company*.

La dichiarazione dei redditi dovrà essere presentata obbligatoriamente in via telematica qualora il tru-

#### Note:

(30) *Supra*, nota 23.

(31) Così la risoluzione dell'Agenzia Generale delle Entrate n. 85/E dell'11 luglio 2005.

Con risoluzione n. 79/E dell'11 giugno 2004, l'Agenzia delle Entrate ha istituito il codice 1964 denominato "Ritenute a titolo di acconto su utili distribuiti ad enti non commerciali da società di fonte italiana ed estera".

**S a g g i**

st sia obbligato alla presentazione della dichiarazione annuale IVA, di quella dei sostituti d'imposta e del modello per la comunicazione dei dati relativi all'applicazione degli studi di settore.

In tutti gli altri casi la dichiarazione potrà essere presentata presso una banca convenzionata o un ufficio postale.

I termini per la presentazione della dichiarazione dei redditi sono l'ultimo giorno del decimo mese successivo a quello di chiusura del periodo d'imposta se si utilizza l'invio telematico o l'ultimo giorno del settimo mese successivo alla chiusura del periodo d'imposta se la dichiarazione è presentata tramite una banca o un ufficio postale(32).

In pratica il termine sarà sempre quello del 31 ottobre o quello del 31 luglio posto che la chiusura del periodo d'imposta coincide, comunque, con il 31 dicembre di ogni anno per l'equiparazione, ai fini fiscali, dei trust alle persone fisiche.

**§ 3.3. Le altre dichiarazioni fiscali.**

Ricorrendo i presupposti di legge, la *trust company* dovrà presentare, per i singoli trust istituiti, anche le seguenti dichiarazioni:

- dichiarazione IRAP in forma singola od unificata;
- dichiarazione IVA in forma singola od unificata qualora svolga una qualsiasi attività d'impresa rientrante nei presupposti di cui all'art. 4 del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633;
- dichiarazione modello 770/ordinario e semplificato per le ritenute effettuate;
- dichiarazione ICI per i fabbricati.

Mentre per le dichiarazioni IRAP, IVA e 770 – trattandosi di ipotesi poco frequenti allo stato dell'arte sui trust – non sembra necessario porre particolare attenzione, qualche precisazione va invece fatta in relazione alla dichiarazione ICI nel caso di conferimento in trust di beni immobili(33).

Le ultime istruzioni alla dichiarazione ICI(34) chiariscono che “Vi è obbligo di presentare la dichiarazione se nel 2004 si è verificata una delle seguenti circostanze:

- gli immobili sono stati trasferiti [...]”.

Poiché il conferimento in trust della piena proprietà di un bene immobile configura a tutti gli effetti fiscali il trasferimento a favore del trust, la *trust company* dovrà presentare al comune di competenza la prescritta dichiarazione ICI entro il termine di presentazione della dichiarazione dei redditi relativa all'anno interessato.

Nel quadro “Contribuente” del modello di dichiarazione dovrà essere indicata la denominazione del trust mentre nel riquadro “Dichiarante” i dati della *trust company*.

Naturalmente l'ICI dovuta sarà assolta dalla *trust company*, per conto del trust, nei modi e termini di legge.

**Note:**

(32) Si veda l'art. 2 del D.P.R. 22 luglio 1998, n. 322.

(33) Nel caso di conferimento in trust della sola nuda proprietà, riservandosi il disponente l'usufrutto vita natural durante, nulla dovrà essere dichiarato ai fini ICI dalla *trust company* restando soggetto passivo del tributo il disponente stesso.

(34) Si veda il D.M. 15 aprile 2005.

# Profili tributari dei trust interni discrezionali

di Maurizio Bastianelli

SOMMARIO: § 1. Introduzione. – § 2. Il caso oggetto di interpello. – § 3. La risposta dell'Agenzia delle Entrate: profili di imposizione indiretta. – § 4. Imposte sui redditi e trattamento tributario delle somme corrisposte ai beneficiari. – § 4.1. La soggettività passiva del trust. Il costo o valore fiscale dei beni trasferiti in trust. – § 4.2. (Segue). Rilevanza reddituale delle somme attribuite ai beneficiari. – § 5. Brevi osservazioni in materia di imposta sul valore aggiunto. – § 6. Conclusioni.

## § 1. Introduzione.

Con nota del 26 novembre 2003, l'Agenzia delle Entrate, Direzione Centrale Normativa e Contenzioso, ha affrontato nuovamente(1) le questioni tributarie relative alla istituzione e al funzionamento di trust interni(2). Nel parere reso sono stati esaminati temi già dibattuti in dottrina ed affrontate nuove problematiche. Segno evidente dell'interesse con cui l'Agenzia sta seguendo la fiscalità dei trust, consapevole che nell'assenza di norme tributarie interne e di giurisprudenza consolidata, l'interpretazione dell'Amministrazione rappresenti un importante punto di riferimento per gli operatori.

A tale ultimo proposito si osserva che le diverse pronunce rese dall'Amministrazione(3) consentono di delineare un quadro di riferimento sufficientemente completo sulla tassazione dei trust in Italia.

Scopo delle presenti note è quindi esaminare, alla luce del caso concreto sottoposto all'Agenzia, le motivazioni alla base del parere, tenendo conto degli orientamenti emersi in dottrina, nella scarsa giurisprudenza edita(4) e in altri documenti di prassi.

## § 2. Il caso oggetto di interpello.

Con l'istanza di interpello, è stato chiesto all'Agenzia delle Entrate di conoscere il corretto trattamento tributario di una serie di atti relativi all'istituzione, alla dotazione e gestione di un trust irrevocabile di natura discrezionale, retto dalla legge di Jersey, fiscalmente residente in Italia. Unico elemento di estraneità del trust prospettato era rappresentato dalla legge regolatrice,

essendo disponente, beneficiari e guardiano persone fisiche non operanti nell'esercizio di imprese commerciali, residenti in Italia ed essendo il trustee una *trust company* con sede nel territorio dello Stato.

### Note:

Maurizio Bastianelli è dottore commercialista in Ancona e Vice Presidente di Mancinelli & Associati Trust Company s.r.l.

(1) Agenzia delle Entrate, Direzione Centrale Normativa e Contenzioso, Risposta a Interpello del 26 novembre 2006, *infra*, 481.

Le pronunce dell'Amministrazione finanziaria, a livello centrale e periferico, rese note o riprodotte in risoluzioni o circolari sono di seguito elencate: Risposta ad Interpello 911-7/2002 – ART. 11, legge 27 luglio 2000, n. 212, del 24 settembre 2002, Prot. n. 2002/150208, consultabile sul sito Internet dell'Associazione "Il Trust in Italia" all'indirizzo [www.il-trust-in-italia.it](http://www.il-trust-in-italia.it), confluita nella Risoluzione n. 8/E del 17 gennaio 2003, in questa Rivista, 2003, 319; Fisco, 2003, 620; Corriere trib., 2003, 664 (nota G. Stancati); Riv. dir. trib., 2003 (nota A. Salvati); Risposta a Interpello 954-249/2002 – ART. 11, legge 27 luglio 2000, n. 212, del 1° ottobre 2002, Prot. n. 178580/2002, in questa Rivista, 2003, 473; Risposta a Interpello 576/2002 – ART. 11, legge 27 luglio 2000, n. 212, del 4 marzo 2003, Prot. n. 2003/30900, ivi, 658; Fisco, 2003, 11683 (nota M. Lupoi); Direzione Regionale della Liguria, Risposta a Interpello 903-86/2003 – ART. 11, legge 27 luglio 2000, n. 212, del 24 luglio 2003, Prot. n. 19972/2003, Fisco, 2005, 5535 (nota G. Semino) e in questa Rivista, 2005, 298; Direzione Regionale della Liguria, Risposta a Interpello 903-104/2004 – ART. 11, legge 27 luglio 2000, n. 212, del 13 settembre 2004, Prot. n. 903-14743/2004, Fisco, 2005, 5538 (nota G. Semino) e in questa Rivista, 2005, 480; Dialoghi di diritto tributario, 2004, 1398 (nota D. Stevanato – R. Lupi); Risposta ad Interpello del 28 settembre 2004, consultabile sul sito Internet dell'Associazione "Il Trust in Italia" all'indirizzo [www.il-trust-in-italia.it](http://www.il-trust-in-italia.it); in questa Rivista, 2005, 294; Dialoghi di diritto tributario, 2005, 276 (nota E. Covino); Circolare del Ministero delle Finanze n. 306/E del 23 settembre 1996; Risoluzione del Ministero delle Finanze n. 104/E/VII del 6 maggio 1997; Ministero delle finanze, Servizio centrale degli ispettori tributari – Delibera 11 maggio 2003, n. 37; Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 99/E del 4 dicembre 2001, punto 2.3, Fisco, 2001, 14776; Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 20 del 27 marzo 2003, § 1.2.; Circolare dell'Agenzia delle entrate n. 55/E del 30 dicembre 2005, § 1.4.1.; Direzione Regionale dell'Emilia Romagna, risposta a Interpello 909-49466/2005 del 2 novembre 2005, consultabile sul sito Internet dell'Associazione "Il Trust in Italia" all'indirizzo [www.il-trust-in-italia.it](http://www.il-trust-in-italia.it); in questa Rivista, 2006, 322.

(2) Per l'inquadramento della fattispecie, M. Lupoi, *Trusts*, II ed., Milano, 2001, p. 241 s.; Id., *I trust nel diritto civile*, in *Trattato di Diritto Civile diretto da R. Sacco*, I diritti reali, vol. 2, Torino, 2004, p. 351 s.

(3) Si segnala, in particolare la risposta ad interpello del 28 settembre 2004 resa dall'Agenzia delle Entrate, Direzione Centrale Normativa e Contenzioso, richiamata anche nel testo [*supra*, nota 1].

(4) Comm. Trib. Prov. Treviso, 29 marzo 2001, n. 27, in questa Rivista, 2002, 419 e Comm. Prov. Lodi, 5 novembre 2001, n. 135, ivi, 418; Dir. prat. trib., 2002, II, 276; Comm. Trib. Reg. Venezia, 23 gennaio 2003, n. 104, che ha riformato la sentenza di Treviso, in questa Rivista, 2003, 253; Aa. Vv., *La giurisprudenza italiana sui trust – Dal 1989 al 2005*, *Trusts*, Quaderni, n. 4, Milano, 2005.

**S a g g i**

Le questioni sottoposte all'attenzione dell'Agenzia riguardavano:

- il regime tributario, ai fini delle imposte indirette, dell'atto istitutivo del trust recante anche il trasferimento di somme di denaro al trustee;
- l'attribuzione al trust di un'autonoma soggettività passiva tributaria ai sensi dell'art. 73, II comma, del D. P. R. 22 dicembre 1986, n. 917 ("t.u.i.r."), quale altra organizzazione non appartenente ad altro soggetto passivo, nei confronti della quale il presupposto dell'imposta si verifica in modo unitario ed autonomo;
- gli aspetti tributari del trasferimento al trustee, successivamente alla istituzione del trust, di beni rappresentati da partecipazioni azionarie, con particolare riferimento alle vicende del costo o valore fiscale dei beni ricevuti senza corrispettivo dal trustee;
- la qualificazione e determinazione del reddito in capo al trust soggetto passivo di imposta;
- gli obblighi tributari in capo al trustee professionale;
- la rilevanza tributaria delle somme assegnate ai beneficiari, prelevate dai redditi conseguiti dal trust o dal fondo in trust.

### § 3. La risposta dell'Agenzia delle Entrate: profili di imposizione indiretta.

L'Agenzia affronta, con diverso grado di approfondimento, tutti i punti sollevati dall'istanza, a cominciare dalla natura del tributo applicabile.

È esaminato, in primo luogo, il tema della natura liberale del trasferimento, attraverso l'analisi degli effetti segregativi tipici che si creano con l'istituzione del trust. Dopo aver constatato che nessun arricchimento si verifica in capo al trustee, né alcuno spirito di liberalità anima il disponente in occasione dell'affidamento dei beni al trustee, l'Amministrazione ritiene applicabile l'imposta di registro e non quella sui trasferimenti gratuiti. Dalle considerazioni dell'Agenzia non è dato ricavare se essa ricostruisca fiscalmente la fattispecie trust come negozio complesso o come insieme di singoli negozi ed atti(5).

È noto infatti come parte della dottrina, considerando la strumentalità dell'attribuzione che il disponente esegue a favore del trustee, ritenga l'atto di trasferimento soggetto ad imposta fissa di registro, in quanto nessun arricchimento, secondo la struttura del trust, può essere attribuito al trustee, il quale non è destinatario di alcuna utilità ritraibile dal fondo in

trust. Troverebbe invece applicazione l'imposta sui trasferimenti gratuiti in occasione dei successivi atti di trasferimento di beni o diritti dal trustee al beneficiario.

Accanto a tale tesi, si colloca la visione atomistica, ove ciascun atto è considerato a sé, senza alcun riferimento alle finalità del complessivo assetto negoziale sotteso all'istituzione del trust. Tra le due tesi sembra maggiormente aderente alla struttura tipica del trust (e, in particolare, alla sua funzione segregativa) quella atomistica, recante l'autonoma rilevanza ai fini fiscali di ogni momento che riguardi i beni in trust. Appare in particolare condivisibile la tesi secondo cui il trasferimento al trust non assume rilievo autonomo in quanto meramente strumentale all'attribuzione ai beneficiari, tutte le volte in cui questi ultimi sono definiti ed attuali(6). In tutti i casi "in cui il disponente abbia demandato al trustee il potere di individuare i destinatari finali della devoluzione, nonché il *quantum* da devolvere a ciascuno, senza scadenze temporali, onde nessun beneficiario abbia un diritto certo ed attuale sui beni della *trust property*, il potere del trustee e l'incertezza in ordine alla devoluzione del patrimonio fanno venir meno, sia pure ai fini fiscali, il collegamento essenziale (o l'unitarietà del negozio) con conseguente rilievo autonomo del trasferimento al trustee ai fini dell'imposta di registro"(7).

L'Agenzia sembra aderire alla tesi atomistica, anche se non è possibile, considerata la natura del trust (discrezionale) oggetto di interpello, comprendere se l'autonoma rilevanza dei trasferimenti dal disponente al trustee e da questi al beneficiario persista anche nel caso di trust ove i beneficiari vantino diritti certi ed attuali sul fondo in trust (come nei tru-

.....  
**Note:**

(5) Sulle diverse ipotesi di tassazione dei trust liberali, cfr. C. Monaco, Trust: fattispecie ed effetti fiscalmente rilevanti, Riv. dir. fin., 2002, I, 647, a p. 693 s.; A. Salvati, Profili fiscali del trust, Milano, 2004, p. 267 s.; Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 80/2003/T del 21 novembre 2003, in questa Rivista, 2004, 466 (prima parte); 633 (seconda parte); A. Contrino, Il trust liberale e l'imposta sulle donazioni, Dialoghi di diritto tributario, 2004, 462; Id., Trusts liberali e imposizione indiretta sui trasferimenti dopo le modifiche (L. n. 383/2001) al tributo sulle donazioni, Rass. trib., 2004, 434; G. Semino, La fiscalità indiretta nei trust interni liberali. Profili operativi, in questa Rivista, 2004, 47; F. Pistolesi, La rilevanza impositiva delle attribuzioni liberali realizzate nel contesto dei trusts, Riv. dir. fin., 2001, I, 1, 117, a p. 144 s.

(6) È il caso, in estrema sintesi, dei *bare trust* (trust nudi).

(7) C. Monaco, Trust: fattispecie ed effetti fiscalmente rilevanti [*supra*, nota 5], a p. 695 s.



st nudi). Occorre segnalare che l'analoga questione relativa alla intestazione e reintestazione di beni immobili da parte di società fiduciarie operanti ai sensi della L. 23 novembre 1939, n. 1966, è stata risolta in senso negativo da una risposta fornita dal Ministero dell'economia e delle finanze, in occasione di una interrogazione parlamentare. A fronte di posizioni assunte da varie Direzioni regionali(8), l'Agenzia ha ritenuto applicabili le ordinarie imposte sui trasferimenti immobiliari anche in caso di intestazione fiduciaria di beni immobili, privilegiando l'elemento formale del trasferimento della proprietà fiduciaria rispetto a quello sostanziale.

L'applicazione dell'imposta di registro ai trasferimenti gratuiti in trust non esaurisce tuttavia le problematiche. Occorre individuare l'articolo della Tariffa applicabile e la misura dell'imposta.

Per quanto riguarda il momento istitutivo, l'Agenzia aderisce all'orientamento consolidatosi in dottrina(9), secondo cui l'atto programmatico, non avendo contenuto patrimoniale, è assoggettabile ad imposta di registro in misura fissa, se redatto in forma di scrittura privata autenticata od atto pubblico.

Per quanto riguarda il momento traslativo, relativo all'affidamento dei beni al trustee, l'Agenzia ha ritenuto applicabile l'art. 9 della Tariffa, parte prima del D. P. R. 26 aprile 1986, n. 131 ("D.P.R. 131/86") sul presupposto che il trasferimento in trust del bene sia atto avente per oggetto una prestazione a contenuto patrimoniale(10). Estendendo poi la disposizione non solo alla somma di denaro trasferita contestualmente alla istituzione del trust oggetto di interpello, ma anche alle partecipazioni azionarie che dovessero essere successivamente trasferite con scrittura privata autenticata.

Pur apprezzabile, nella ricerca di una visione unitaria dell'applicazione del tributo di registro, la posizione assunta dall'Agenzia non pare pienamente condivisibile.

In primo luogo si nota che l'applicazione dell'art. 9 ai trasferimenti di beni in trust non è pacifica. La dottrina(11) ha avuto occasione di rilevare come l'art. 9 della Tariffa debba coniugarsi con l'art. 43, I comma, lett. h) del D. P. R. 131/86 che individua la base imponibile delle prestazioni a contenuto patrimoniale nell'ammontare dei corrispettivi pattuiti, e non con riferimento al valore del bene oggetto della prestazione. L'assenza di corrispettivo non consente, pertanto, la determinazione dell'imposta in misura proporzionale. Anche la giurisprudenza(12), nel valu-

tare se un atto costitutivo di fondo patrimoniale rientra nella prospettiva dell'art. 9 della Tariffa, ha preci-

#### Note:

(8) Si vedano il parere dell'Agenzia delle Entrate - Direzione regionale della Lombardia, n. 118299 del 31 dicembre 2001, in questa Rivista, 2002, 642 e Agenzia delle Entrate - Direzione regionale dell'Emilia Romagna, Risposta ad Interpello n. 909-380/2002, ivi, 2003, 655, che ritengono soggetti ad imposta fissa di registro, ipotecaria e catastale i trasferimenti e ritrasferimenti a società fiduciarie di amministrazione, ed assoggettano al 3% il contratto di mandato. Conforme al predetto orientamento anche il Notariato, Studio n. 86/2003/T del 6 maggio 2004.

(9) Cfr. G. Semino, La fiscalità indiretta nei trust interni liberali [*supra*, nota 5], a p. 49.

(10) Il pensiero è confermato, con identica motivazione, nel parere espresso dall'Agenzia delle Entrate, Direzione Centrale Normativa e Contenzioso, del 28 settembre 2004 [*supra*, nota 1].

(11) R. Dominici, Atto di trasferimento al trust. Commento a Commissione tributaria provinciale di Lodi, n. 135/2001, Fiducia e Trust, 1-2003 (allegato a Il fisco), 51; L. Zoso, Soggezione ad imposta di registro dell'atto costitutivo di fondo patrimoniale (nota a Cassazione, sez. trib., 6 giugno 2002, n. 8162), Riv. dir. trib., 2003, II, 218, ivi, ove si legge che "il carattere di patrimonialità di un atto dipende dalla pattuizione di un corrispettivo, come si evince dalla norma dell'art. 43, lett. h) del D.p.r. n. 131/1986, che individua la base imponibile dei contratti aventi ad oggetto prestazioni patrimoniali e diversi da quelli indicati nelle lettere precedenti nell'ammontare dei corrispettivi pattuiti"; G. Semino, Trust liberali e trust commerciali (nota ad Agenzia delle Entrate, Direzione regionale dell'Emilia Romagna, Fiscalità generale, 2 novembre 2005, prot. n. 909-49466/2005), Corriere trib., 2006, 319. Di diverso avviso sembra C. Monaco, Trust: fattispecie ed effetti fiscalmente rilevanti [*supra*, nota 5], a p. 694, la quale rileva che anche i trasferimenti non liberali e non onerosi, "in mancanza di specifiche previsioni, dovrebbero collocarsi nella categoria residuale di cui all'art. 9 della Tariffa". Particolare (ed isolata) la posizione di A. Salvati, Profili fiscali del trust [*supra*, nota 5], p. 272 e s., che ricostruisce l'atto di trasferimento dal disponente al trustee come atto di conferimento in trust da attrarre ad imposta di registro "alla stregua di ogni altra operazione di conferimento, rientrando tale trasferimento nel disposto di cui all'art. 4, parte I della Tariffa allegata al D.p.r. n. 131/86". Il trasferimento intercorrerebbe tra disponente e trust, quale ente diverso dalle società compreso tra le altre organizzazioni di persone o di beni e sarebbe ascrivibile agli atti a titolo oneroso e non gratuito. La tesi non è condivisibile. In primo luogo l'art. 4, parte I della Tariffa e l'art. 50 del D. P. R. 26 aprile 1986, n. 131 si applicano ai soli enti che hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali, per cui sarebbero fuori dalla disposizione tutti i trust-enti non commerciali, che sono probabilmente la quasi totalità di quelli creati per i bisogni della famiglia o di natura liberale. In secondo luogo, l'affinità che si coglie tra conferimento in società od enti e trasferimento in trust è più di tipo funzionale che non giuridico. L'atto di conferimento, infatti, è oneroso in quanto a fronte del sacrificio patrimoniale del conferente, vi è un analogo sacrificio del destinatario che riconosce al primo una corrispondente quota del proprio patrimonio (sull'onerosità e gratuità degli atti in generale, cfr. C. M. Bianca, Il contratto, Milano, 2000, p. 493). Nei trust, ad eccezione di quelli nudi privi di una caratterizzazione soggettiva tributaria, manca la relazione diretta tra disponente o beneficiario e patrimonio in trust, nel senso che né il disponente né il beneficiario hanno diritti sui beni in trust. Il trust non ha dunque assegnato loro alcuna contropartita a fronte del conferimento eseguito dal disponente. L'affinità è sostenuta anche da S. Cipollina, I confini giuridici nel tempo presente. Il caso del diritto fiscale, edizione provvisoria, p. 689, citata da A. Salvati, Profili fiscali del trust [*supra*, nota 5], p. 273, nota 10, che giunge tuttavia a conclusioni diverse circa l'applicazione della Tariffa (art. 9 con imposta in misura fissa).

(12) Cass., sez. V, 7 luglio 2003, n. 10666, Vita not., 2003, 1005.

**Saggi**

sato(13) che non vi è un atto avente per oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale se “tra gli stipulanti non vi è scambio di alcuna prestazione e controprestazione patrimoniale o, comunque alcuno scambio di prestazioni [...] in un sinallagma economicamente rilevante”. Trova quindi conferma l’opinione secondo la quale gli atti aventi ad oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale presuppongono un sinallagma economicamente rilevante. Ciò che sembra mancare nel rapporto tra disponente-trasferente e trustee.

Non può essere, inoltre, condivisa, l’affermazione dell’Agenzia secondo cui l’art. 9 della Tariffa si applica anche al trasferimento di partecipazioni sociali (se eseguito in forma di atto pubblico o scrittura privata autenticata). Oltre alle motivazioni suesposte, l’inapplicabilità dell’imposta proporzionale di registro ai trasferimenti di partecipazioni trova supporto e conferma nell’art. 11 della Tariffa, e nel precetto comunitario contenuto nell’art. 11 della Direttiva CEE n. 335 del 1969 sulla raccolta dei capitali, che vieta l’applicazione di ogni altra imposta diversa da quella sui conferimenti ai trasferimenti di azioni o partecipazioni in società od enti.

È infatti principio condiviso che gli atti (onerosi o gratuiti) aventi ad oggetto la negoziazione di quote di partecipazione in società sono soggetti in ogni caso ad imposta di registro in misura fissa, se non trova applicazione la tassa sui contratti di borsa.

Trova, infine, implicita conferma l’irrilevanza del trasferimento gratuito ai fini della tassa sui contratti di borsa, in quanto la soluzione (negativa) prospettata dal soggetto che ha richiesto l’interpello non ha trovato risposta da parte dell’Agenzia.

#### § 4. Imposte sui redditi e trattamento tributario delle somme corrisposte ai beneficiari.

##### § 4.1. La soggettività passiva del trust. Il costo o valore fiscale dei beni trasferiti in trust.

È noto il dibattito che si è formato in merito all’applicazione ai trust delle disposizioni in materia di imposte sui redditi(14) e all’individuazione della soggettività passiva di imposta in capo al trust ai sensi dell’art. 73, Il comma del t.u.i.r. quale altra organizzazione non appartenente ad altri soggetti passivi. Nel rinviare agli studi che si sono dedicati a particolari figure di trust(15), preme qui rilevare come l’argomentazione seguita dall’Agenzia nell’interpello in oggetto (e ri-

prodotta nella risposta del 28 settembre 2004), relativo ad un trust di natura discrezionale, si fonda sulla considerazione che elemento strutturale tipico del trust è la segregazione dei beni e diritti affidati al trustee; da essa discende una separazione definitiva degli accrescimenti patrimoniali dei beni in trust da quelli propri del trustee(16) e la conseguente individuazione di una autonoma fonte di reddito in capo al trust.

Nonostante siano state espresse riserve da una parte della dottrina su tale ricostruzione(17), essa

#### Note:

(13) Si trattava della costituzione di un fondo patrimoniale senza il trasferimento della proprietà del bene immobile.

(14) Tra i numerosi contributi si segnalano: Studio realizzato dal Gruppo di lavoro presso la Direzione Regionale delle Entrate dell’Emilia Romagna con la partecipazione di componenti dell’Ordine dei Dottori Commercialisti di Bologna, del Collegio dei Ragionieri di Bologna, del Consiglio Notarile di Bologna e dell’Ordine degli Avvocati e Procuratori di Bologna dal titolo “Il trust riconosciuto in Italia. Profili civilistici e tributari”, *Fiducia e Trust*, 2002, 2 (allegato al Fisco), 12711 e consultabile sul sito Internet dell’Associazione “Il trust in Italia” all’indirizzo <http://www.il-trust-in-italia.it>; R. Lupi, La tassazione dei redditi del trust: il trustee, in I. Beneventi (cur.), *I Trusts in Italia oggi*, Milano, 1996, 327, a p. 327 s.; M. Miccinesi, Il reddito del trust nelle varie tipologie, in questa Rivista, 2000, 309, C. Garbarino, La soggettività del trust nelle Convenzioni per evitare le doppie imposizioni, *Dir. e pratica trib.*, 2000, III, 377; Id., Trust trasparenti ed opachi nell’ambito dei Tax Treaties, in questa Rivista, 2001, 515; E. Nuzzo, E luce fu sul regime fiscale del trust, *Banca, borsa*, 2002, I, 244; M. Lupoi, Trusts [*supra*, nota 2], p. 753 s.; Id., Osservazioni sui primi interpelli riguardanti trust, *Fisco*, 2003, 4342; P. Gaeta, Introduzione ai principali aspetti tributari dei trust interni, in S. Buttà (cur.), *Introduzione ai trust e profili applicativi*, Trusts, Quaderni, n. 2, Milano, 2002, p. 158; G. Zizzo, Note minime in tema di trust e soggettività tributaria, *Fisco*, 2003, 12398; M. T. Chimienti, *Trusts interni disposti inter vivos*: orientamenti in materia di imposte dirette, *Dir. e pratica trib.*, I, 2003, 303; F. Paparella, Considerazioni in tema di disciplina dei trusts nel sistema delle imposte sui redditi delineato dalla legge delega di riforma dell’ordinamento tributario n. 80 del 7 aprile 2003 e le prospettive di riforma, *Boll. trib.*, 2003, 1683; A. Contrino (con postilla di R. L.), Riforma Ires e trust: la maggiore realtà e la patrimonializzazione come ulteriori argomenti per la soggettività definitiva del trust, *Dialoghi di diritto tributario*, 2004, 579; A. Salvati, Profili fiscali del trust [*supra*, nota 5], p. 223.

(15) In materia di *bare trust*, cfr. G. Semino, *Strutturazione di un trust trasparente*, relazione presentata al III Congresso Nazionale organizzato dall’Associazione “Il Trust in Italia”, consultabile sul sito Internet all’indirizzo <http://www.il-trust-in-italia.it>; Id., Trust “nudo” e trasparenza fiscale, in questa Rivista, 2005, 169; Il Fisco, 2005, 1; D. Stevanato – R. Lupi, Regime di trasparenza per i trust interni non discrezionali, *Dialoghi di diritto tributario*, 2004, 1391.

(16) Argomentazioni analoghe sono riscontrate in dottrina: C. Monaco, *Trust: fattispecie ed effetti fiscalmente rilevanti* [*supra*, nota 5], a p. 698 s.; A. Salvati, *Profili fiscali del trust* [*supra*, nota 5], p. 242 s.

(17) Hanno sostenuto la tesi della soggettività passiva del trustee, tra gli altri, V. Ficari, *Il trust nelle imposte dirette (Irap ed Irap)*, un articolato modulo contrattuale oppure un autonomo soggetto passivo?, *Boll. trib.*, 2000, 529; F. Gallo, *Trusts, interposizione ed elusione fiscale*, *Rass. trib.*, 1996, 1043; F. Paparella, *Considerazioni in tema di disciplina dei trusts nel sistema delle imposte sui redditi delineato dalla legge delega di riforma dell’ordinamento tributario n. 80 del 7 aprile 2003 e le prospettive di riforma* [*supra*, nota 14], a p. 1684.

sembra la più conforme ai dati strutturali del sistema ricavabili dagli artt. 1 e 72 del t.u.i.r. e dall'art. 53 della Costituzione. Peraltro, la dissociazione tra titolare civilistico della fonte produttiva e soggetto passivo non è fenomeno nuovo al diritto tributario, nonostante le difficoltà di inquadrare situazioni in cui il presupposto d'imposta si manifesti separatamente dal soggetto(18).

Può ritenersi quindi orientamento sufficientemente sicuro quello dell'Agenzia delle Entrate in merito alla qualificazione del trust, di natura discrezionale, quale autonomo soggetto passivo di imposta ai fini Ires, ai sensi dell'art. 73, II comma del t.u.i.r. Tale conclusione consente di considerare, ai soli effetti tributari, il trust quale ente (commerciale o non commerciale in relazione all'attività in fatto esercitata) e di risolvere più agevolmente le questioni relative alla qualificazione e determinazione dei redditi conseguiti dal trust rientranti nella categoria di cui all'art. 6 del t.u.i.r.

Vi sono ulteriori aspetti che meritano di essere trattati, su parte dei quali si è espressa l'Agenzia, in quanto riscontrabili nell'ordinario funzionamento di un trust.

Fra questi, la problematica relativa al costo o valore fiscale dei beni trasferiti (gratuitamente) dal disponente al trustee.

Nel caso oggetto di interpello si trattava di partecipazioni azionarie, ma la considerazione vale naturalmente qualunque sia la natura del bene in trust. Accanto alla irrilevanza, ai fini delle imposte sui redditi, del trasferimento in capo al disponente non esercente attività di impresa commerciale, per mancanza del presupposto del realizzo a titolo oneroso e l'assenza di un corrispettivo percepito(19), ci si domanda se il costo o valore fiscale del bene possa migrare o meno in capo al trust. È evidente che ritenere pari a zero il valore fiscale di acquisto (gratuito) della partecipazione non sembra soluzione appagante né conforme ad alcuni dati sistematici ricavabili dal t.u.i.r. Si pensi alle disposizioni in materia di donazioni di partecipazioni (art. 68, VI comma del t.u.i.r.) che prevedono l'assunzione del costo del donante in capo al donatario(20) o quella dell'art. 58, I comma del t.u.i.r. in materia di donazione di azienda. Il dato sistematico più rilevante, peraltro, è quello del divieto di doppia imposizione contenuto nell'art. 163 del t.u.i.r., per cui la stessa imposta non può essere applicata più volte in dipendenza dello stesso presupposto, neppure nei confronti di soggetti diversi. Il mancato

riconoscimento del costo fiscale originario in capo all'avente causa del trasferimento gratuito provocherebbe l'annullamento di un costo o valore fiscale riconosciuto dall'ordinamento, ed incrementerebbe, in via automatica e diretta, la plusvalenza del cessionario in occasione della successiva circolazione del bene(21). Da quanto precede, anche in assenza di una espressa previsione normativa, appare corretto ritenere che il costo o valore fiscale delle partecipazioni o beni ricevuti gratuitamente (ma al di fuori dello schema tipico della donazione) dal trustee conservano quello in precedenza esistente in capo al cedente. L'Agenzia, con la risposta all'interpello in esa-

#### Note:

(18) In dottrina è stata rilevata la difficoltà di inquadramento teorico delle altre organizzazioni di cui all'art. 73, II comma del t.u.i.r. (A. Giovannini, *Soggettività tributaria e fattispecie impositiva*, Padova, 1996, p. 357 s.; Id., *Problematiche fiscali del trust*, Boll. trib., 2001, 1125, a p. 1127). L'Agenzia delle Entrate nella Risoluzione n. 37/E del 23 marzo 2005, relativa alle aziende speciali delle Camere di Commercio, ha ritenuto, in via generale, che l'espressione "altre organizzazioni senza personalità giuridica" di cui all'art. 73, II comma del t.u.i.r. si applica ad organismi privi di particolare qualificazione giuridica qualora siano idonei a produrre autonomamente proventi economici a proprio beneficio. Ha poi precisato, nella Risoluzione n. 363 del 20 novembre 2002, che la sussistenza di un autonomo centro di imputazione (fiscale) sussista qualora si sia in presenza di organi e procedure suscettibili di imprimere un indirizzo autonomo al programma di attività. Si è del parere che entrambi i requisiti (produzione di benefici economici nell'interesse del programma negoziale ed esistenza di organi e procedure) siano riscontrabili nel trust, ove la funzione gestoria del trustee e le regole legali e negoziali dell'atto di trust forniscono la cornice organizzativa sufficiente ad individuare nel trust un autonomo soggetto passivo di imposta. La dissociazione tra titolarità giuridica dei beni in trust (che fa capo al trustee) ed imputazione degli effetti economici è fenomeno riscontrabile anche nell'ambito dei fondi pensione, nonostante essi siano caratterizzati da un regime impositivo di natura sostitutiva. La Risoluzione n. 131/E del 22 ottobre 2004 dell'Agenzia delle Entrate, in ordine al trattamento tributario di fondi pensione "interni" istituiti ai sensi dell'art. 2117 cod. civ., precisa che, nonostante la titolarità giuridica delle attività sia in capo alla società che ha istituito il fondo (privo pertanto di soggettività civilistica), i redditi ad esso relativi spettano al fondo, riconosciuto autonomo soggetto passivo di imposta.

(19) La circostanza non è stata trattata nella risposta all'interpello da parte dell'Agenzia, ma si ritiene implicitamente risolta nel senso indicato nel testo, ai sensi dell'art. 5 del D. M. 26 aprile 2001, n. 209, in quanto la soluzione è stata prospettata chiaramente nell'istanza.

(20) I riferimenti di prassi sono numerosi e costanti in materia di donazione di partecipazioni (cfr. Circolare del Ministero delle finanze, n. 165/E del 24 giugno 1998, § 2.3.2. e Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate n. 260/E del 2 agosto 2002). Giova rilevare, peraltro, che ai sensi dell'art. 68, II comma, secondo periodo, del t.u.i.r. il costo dei terreni acquisiti gratuitamente (senza che venga specificato se la gratuità dell'atto sia collegata ad una donazione o ad altro atto) è determinato tenendo conto del valore normale del terreno alla data di inizio della lottizzazione.

(21) Analogamente, se il bene trasferito fosse strumentale all'esercizio dell'attività di impresa dell'avente causa, l'annullamento del costo fiscale originario si tradurrebbe nella completa irrilevanza degli ammortamenti residui e in un maggior reddito imponibile.

**Saggi**

me, ha confermato tale impostazione, anche al fine di evitare sia un salto di imposta, sia una doppia imposizione. Argomentazioni analoghe (a conferma della correttezza sistematica della soluzione accolta dall'Agenzia) si trovano anche nella Risoluzione n. 78/E del 31 marzo 2003, in materia di cessione di beni immobili acquisiti per usucapione. In tal caso, il costo fiscale del bene usucapito è stato determinato, in analogia a quanto previsto per gli acquisti gratuiti di terreni per effetto di donazione, ai sensi dell'art. 68, II comma del t.u.i.r., in misura pari al valore dichiarato nelle relative denunce ed atti registrati.

Alla luce del materiale di prassi prodotto dall'Agenzia e dei riferimenti sistematici suesposti, desta perplessità la Risoluzione 25 febbraio 2005, n. 26. La nota è stata emessa in seguito ad una istanza di interpello con la quale si chiedevano chiarimenti sulla disciplina fiscale da applicare ad una assegnazione gratuita di azioni effettuata agli investitori, in occasione di una offerta pubblica di acquisto dall'offerente (società di capitali residente nel territorio dello Stato), per agevolare la conclusione dell'Opa. A tutti coloro che non avessero aderito all'Opa, sarebbero spettate gratuitamente un certo numero di azioni della stessa società oggetto di acquisto, azioni trasferite dalla società offerente. L'Agenzia, senza motivare, ha ritenuto che il valore fiscalmente riconosciuto delle partecipazioni assegnate fosse da assumere pari a zero, trattandosi di una cessione a titolo gratuito.

Tale impostazione, se venisse seguita, darebbe luogo a fenomeni di doppia imposizione mal tollerati dal sistema, in quanto la società offerente sarebbe soggetta ad imposta sulla differenza tra valore normale delle azioni trasferite e costo fiscalmente riconosciuto (ai sensi degli artt. 85, I comma, lett. c) e 2, 86, I comma, lett. c) e 3 del t.u.i.r.)(22), mentre il cessionario, in occasione della futura cessione, dovrebbe assolvere le imposte su una plusvalenza pari all'intero corrispettivo di cessione, comprensivo del plusvalore già tassato in capo all'offerente-cedente, con palese doppia imposizione.

#### § 4.2. (Segue). Rilevanza reddituale delle somme attribuite ai beneficiari.

Una questione che non ha ancora trovato conferma ufficiali riguarda la rilevanza reddituale delle somme conseguite dai beneficiari del trust. Al di fuori dei casi di trust nudi, ove il reddito è direttamente imputato ai beneficiari, la dottrina si è interrogata

sulla imponibilità o meno delle somme attribuite dal trustee, sia nei trust di natura discrezionale che in trust ove i beneficiari hanno il diritto a ricevere somme predeterminate relative al reddito del trust(23).

Limitando l'analisi ai trust di natura discrezionale, quale quello oggetto dell'interpello annotato, si osserva che l'opinione prevalente in dottrina nega rilevanza fiscale alle somme distribuite ai beneficiari prelevate dai redditi conseguiti dal trust. L'inesistenza di un diritto certo alla percezione delle somme o in un ammontare predeterminato, da parte dei beneficiari renderebbe le attribuzioni non riconducibili ad una delle categorie di cui all'art. 6 del t.u.i.r.

Prima di passare alle considerazioni direttamente ricavabili sul punto dalla risposta dell'Agenzia delle Entrate, occorre ricordare, in via preliminare, che i beneficiari possono ricevere dal trustee, nell'ambito di un trust discrezionale, beni o valori originariamente immessi nel fondo in trust dal disponente, valori che hanno subito una tassazione alla fonte con ritenuta a titolo di imposta od imposta sostitutiva, ovvero valori che rappresentano il frutto dell'impiego del fondo in trust.

Per quanto riguarda i beni-patrimonio, il beneficiario ricevente (che non esercita attività di impresa commerciale) non consegue alcun reddito, trattandosi di trasferimenti di capitale. Analogamente per i redditi del trust assoggettati ad imposizione definitiva mediante imposta sostitutiva o ritenuta alla fonte a titolo di imposta: assolto ogni obbligo tributario, la successiva distribuzione rappresenterebbe attribuzione di patrimonio.

Più incerta la soluzione della terza categoria di componenti, già tassati ai fini Ires in capo al trust, nel-

#### Note:

(22) Salva l'applicazione delle disposizioni in materia di *participation exemption*, nel qual caso la plusvalenza sarebbe stata esente (secondo la normativa allora in vigore).

(23) Si sono espressi a favore della intassabilità delle somme attribuite ai beneficiari, pur con diverse sfumature: A. Salvati, Profili fiscali del trust [*supra*, nota 5], p. 256; C. Monaco, Trust: fattispecie ed effetti fiscalmente rilevanti [*supra*, nota 5], a p. 701 s.; D. Stevanato, Profili fiscali del trasferimento dei beni e diritti al "Trustee" e ai beneficiari del "Trust", Giur. imposte, 2002, 754, a pp. 765-766; F. Pistolesi, La rilevanza impositiva delle attribuzioni liberali realizzate nel contesto dei trusts [*supra*, nota 5], a pp. 124-128; E. Covino, La soggettività tributaria del trust in ambito Ires: punti fermi ed interrogativi nella interpretazione dell'Agenzia delle Entrate, Dialoghi di diritto tributario, 2005, 1214; A. Contrino, Trusts liberali e imposizione indiretta sui trasferimenti dopo le modifiche (L. n. 383/2001) al tributo sulle donazioni [*supra*, nota 5], a pp. 479-480; A. Contrino (con postilla di R. L.), Riforma Ires e trust: la maggiore realtà e la patrimonializzazione come ulteriori argomenti per la soggettività definitiva del trust [*supra*, nota 14], a pp. 585-587.

la sua qualità di ente fiscale. Tra le categorie di cui all'art. 6 del t.u.i.r., i redditi conseguiti dai beneficiari potrebbero essere inclusi tra quelli di capitale, quali utili derivanti dalla partecipazione al capitale o al patrimonio di società ed enti soggetti ad imposta sul reddito delle società (art. 44, I comma, lett. e) del t.u.i.r.). Tuttavia, la mancanza di un rapporto di partecipazione tra beneficiario e fondo in trust, da intendere quale diritto alla partecipazione dei risultati dell'ente e ad una parte del relativo patrimonio, porta ad escludere che il beneficiario consegua utili da partecipazione(24). Nessun diritto (alla percezione di redditi o alla ripartizione del capitale del trust) spetta infatti al beneficiario del trust discrezionale, che non ha eseguito apporti di cui può reclamare la restituzione(25).

L'Agenzia, nel parere reso, non ha affrontato direttamente la questione della tassazione in capo ai beneficiari delle somme loro corrisposte dal trustee, espressamente posta nell'istanza, limitandosi a ricordare (come nella risposta del 28 settembre 2004) che "il riconoscimento della soggettività tributaria in capo al trust offre agevole soluzione anche agli altri quesiti posti nell'istanza, dovendosi ritenere che tutte le operazioni effettuate dal trust ed i redditi al medesimo imputabili vanno trattati secondo le ordinarie disposizioni disciplinanti il regime fiscale degli enti non commerciali". Non è quindi chiaro se l'Agenzia abbia aderito alla soluzione prospettata, di irrilevanza reddituale delle somme per estraneità all'art. 6 del t.u.i.r., tenuto conto che nessuna risposta diretta sul punto è stata fornita. Il rinvio alla disciplina degli enti non commerciali, per quanto riguarda i redditi imputabili al trust, fornisce linee guida sufficientemente precise all'interprete, anche se non appare decisivo per risolvere la questione della imponibilità, in capo ai beneficiari, delle somme ad essi attribuite dal trustee nell'ambito di un trust discrezionale. I redditi prodotti dai beni in trust saranno determinati e tassati ai sensi degli artt. 143 e seguenti del t.u.i.r. con aliquota Ires, applicazione delle detrazioni di imposta per oneri di cui all'art. 147 e possibilità di dedurre gli oneri di cui all'art. 146 dal reddito complessivo(26). Il tenore della posizione assunta dall'Agenzia in occasione del riconoscimento della soggettività tributaria in capo al trust, e il generico riferimento alla circostanza che tutte le operazioni effettuate dal trust troverebbero agevole soluzione, non sembra sufficiente per rettificare la conclusione proposta nell'istanza sul punto. Il riferimento alle operazioni del trust, che ben potrebbe comprendere anche l'erogazione delle somme ai

beneficiari (anche se ciò avviene ad opera del trustee), non è accompagnato da una soluzione proposta dall'Amministrazione chiaramente identificabile. Sembra quindi che il richiamo alle operazioni del trust vada inteso come riferito esclusivamente a quelle operazioni idonee a determinare in capo all'ente un'obbligazione tributaria(27).

Appare quindi coerente, con la soluzione proposta nell'istanza, che le somme corrisposte ai beneficiari di un trust discrezionale non siano soggette ad alcuna imposta sui redditi. Il tributo (Ires) assolto dal trust è definitivo(28).

## § 5. Brevi osservazioni in materia di imposta sul valore aggiunto.

L'interpello, nonostante l'assenza di una esplicita presa di posizione dell'Agenzia, consente di svolgere alcune considerazioni anche in materia di imposta sul valore aggiunto. Poiché trustee del trust era un soggetto passivo di imposta residente nel territorio dello

### Note:

(24) L'Agenzia delle Entrate, circolare n. 26/E del 16 giugno 2004, § 2.1., ha precisato che la nuova formulazione dell'art. 44, I comma, lett. e) del t.u.i.r. ha "indirettamente confermato che non sono riconducibili fra gli utili da partecipazione i proventi che non trovino contropartita in una partecipazione al capitale o al patrimonio di società od enti soggetti all'Ires".

(25) Secondo l'Assonime, Circolare 14 luglio 2004, n. 32, p. 27, nota 42, il rapporto partecipativo può ravvisarsi solo in presenza di un diritto alla restituzione di quanto dall'apportante conferito nella società o nell'ente. In dottrina, cfr. C. Monaco, Trust: fattispecie ed effetti fiscalmente rilevanti [*supra*, nota 5], a p. 701; A. Salvati, Profili fiscali del trust [*supra*, nota 5], p. 257.

(26) Seguendo il pensiero dell'Agenzia, potrebbero essere qualificati come ONLUS, ai sensi dell'art. 10 del D. Lgs. 4 dicembre 1997, n. 460, anche i trust la cui attività risultante dall'atto istitutivo sia esclusivamente diretta alle finalità previste dal predetto decreto legislativo.

(27) È noto che l'art. 5, II comma D. M. 26 aprile 2001, n. 209 contenente il regolamento per la determinazione delle procedure e le modalità di esercizio dell'interpello, prevede che qualora la risposta dell'ufficio su istanze ammissibili e recanti l'indicazione della soluzione interpretativa non pervenga entro il termine di cui all'art. 4, I comma del decreto, si intende che l'amministrazione concordi con l'interpretazione o il comportamento prospettato dal contribuente. Poiché la risposta dell'Agenzia deve essere scritta e motivata (Circolare dell'Agenzia delle Entrate 31 maggio 2001, n. 50, § 4.2.), ne deriva che nel caso in esame si possa ragionevolmente ritenere che l'Amministrazione abbia ritenuto corretta la soluzione prospettata nell'istanza.

(28) Cfr. E. Covino, La soggettività tributaria del trust in ambito Ires: punti fermi ed interrogativi nella interpretazione dell'Agenzia delle Entrate [*supra*, nota 23], a p. 1214; A. Contrino (con postilla di R. L.), Riforma Ires e trust: la maggiore realtà e la patrimonializzazione come ulteriori argomenti per la soggettività definitiva del trust [*supra*, nota 14], a p. 585.

**Saggi**

Stato (*trust company*), si poneva la questione della soggettività passiva Iva e del trattamento, ai fini del tributo, delle operazioni effettuate(29). Nell'istanza era stata proposta la soluzione di non considerare la *trust company* quale soggetto passivo Iva in relazione al trust, nonostante fosse il titolare civilistico dei beni in esso compresi. Ciò sul presupposto che l'autonoma organizzazione del trust e l'acquisizione di una soggettività passiva tributaria ai fini delle imposte sui redditi ne avrebbe comportato necessariamente l'estensione agli effetti Iva, ai sensi dell'art. 4, II comma, n. 2 del D. P. R. 26 ottobre 1972, n. 633 ("D.P.R. 633/72") quale altra organizzazione senza personalità giuridica. I principi di segregazione e di imputazione al trust degli effetti degli atti compiuti dal trustee su beni di cui è titolare per le specifiche finalità previste dallo strumento istitutivo sembrano impedire una riferibilità diretta al gestore delle operazioni di cessione di beni e prestazioni di servizi. L'assenza di una normativa specifica che disciplini la questione della soggettività Iva del trust, infatti, non consente l'applicazione analogica di soluzioni adottate nell'ambito di altri fenomeni di separazione patrimoniale(30).

Rappresenta, pertanto, soluzione coerente con la neutralità e la semplicità nell'applicazione del tributo sul valore aggiunto di considerare il trust quale autonomo soggetto passivo di imposta al pari di quanto prospettato ai fini delle imposte sui redditi(31).

Tale impostazione sembra implicitamente seguita anche dall'Agenzia delle Entrate, che nella risposta all'interpello, pur non affrontando il punto, conclude ribadendo che "il riconoscimento della soggettività tributaria in capo al trust offre agevole soluzione anche agli altri quesiti posti nell'istanza".

**§ 6. Conclusioni.**

L'esame della risposta fornita dall'Agenzia denota un notevole sforzo dell'Amministrazione per fornire ai contribuenti soluzioni interpretative il più possibile coerenti con un quadro legislativo tributario che non disciplina il trust. Le cautele e i momenti di debolezza argomentativi appaiono pertanto fisiologici in una materia la cui complessità tributaria si presenta senz'altro pari a quella civilistica.

È pertanto apprezzabile che l'Agenzia abbia fornito con l'interpello in esame, confermato in gran parte da quello del 28 settembre 2004, delle chiavi di lettura del fenomeno tributario trust e fissato alcuni punti fermi, tra cui si ricordano:

– la soggettività passiva tributaria del trust discrezionale(32), dalla quale derivano conseguenze in tema di imputazione, qualificazione e determinazione dei redditi;

– l'individuazione del trustee quale mero responsabile d'imposta;

– la conservazione dei valori fiscali relativi ai beni trasferiti in trust o assegnati dal trustee ai beneficiari, senza corrispettivo;

– la scelta della tassazione con imposta di registro in misura proporzionale ai sensi dell'art. 9 della Tariffa, parte prima del D. P. R. n. 131/1986, di ogni atto a contenuto patrimoniale soggetto alle formalità di registrazione ai sensi e con le modalità di legge, compiuto dai soggetti (disponente, trustee o beneficiari) che ruotano intorno al trust.

**Note:**

(29) Poiché il titolare civilistico del bene in trust è il trustee-*trust company*, l'eventuale cessione dei beni avrebbe potuto dare luogo ad operazioni rilevanti ai fini del tributo (tenuto conto che il sistema dell'Imposta sul valore aggiunto prevede obblighi giuridico-formali precisi). Così, nel caso di cessione di azioni, il trustee-soggetto passivo Iva potrebbe essere tenuto ad emettere fattura esente da imposta ai sensi dell'art. 10 D. P. R. 26 ottobre 1972, n. 633. Si ricorda che una simile questione è stata trattata con riferimento alle società fiduciarie di amministrazione e risolta dalla giurisprudenza (Cass., sez. trib., 27 agosto 2001, n. 11267, Riv. dir. fin., 2002, 167) nel senso dell'obbligo di fatturazione dell'operazione, nonostante la fiduciaria agisca per conto di terzi su beni non propri e del concorso del corrispettivo alla formazione del pro-rata di detraibilità. L'Agenzia delle Entrate, sul medesimo punto, con Risoluzione n. 352/E dell'11 novembre 2002, ha invece chiarito che le operazioni effettuate nell'esercizio dell'attività fiduciaria, fermi gli obblighi di fatturazione, non rientrano nell'attività propria del soggetto passivo, ma sono ad essa accessorie e strumentali. Esse, pertanto, non concorrono alla formazione del pro-rata di detrazione, ferma restando la indetraibilità dell'IVA relativa agli acquisti di beni o servizi utilizzati esclusivamente per effettuare operazioni esenti ai sensi dell'art. 10, I comma, numeri da 1 a 9 del D. P. R. 26 ottobre 1972, n. 633.

(30) Si pensi, ad esempio, alla soggettività IVA delle società di gestione del risparmio nell'ambito dei fondi immobiliari.

(31) Si potrebbe obiettare che l'obbligo di fatturazione delle operazioni su beni amministrati dalle società fiduciarie, di cui terzi sono gli effettivi proprietari, dovrebbe a maggior ragione applicarsi al trustee (titolare dei beni). Tuttavia, il rapporto sottostante all'amministrazione (statica) delle fiduciarie è un mandato senza rappresentanza, che la normativa IVA (artt. 2, II comma, n. 3) e 3, II comma, n. 5) del D. P. R. 26 ottobre 1972, n. 633 considera, nei passaggi tra mandante e mandatario, come autonome operazioni. Nel trust, come è noto, il trustee non è mandatario del disponente, né del beneficiario (se esistente).

(32) La considerazione dovrebbe valere anche per i trust non discrezionali e in tal senso sembra la risposta all'interpello del 28 settembre 2004, dalla quale non emergono riferimenti diretti od indiretti a poteri del trustee di natura discrezionale. Ma non per i trust nudi, poiché in tal caso è opinione, manifestata in altre pronunce, che la soggettività tributaria permanga in capo ai beneficiari (Direzione Regionale della Liguria, Risposta a Interpello 903-86/2003 – ART. 11, legge 27 luglio 2000, n. 212, del 24 luglio 2003, Prot. n. 19972/2003 [supra, nota 1]; Direzione Regionale della Liguria, Risposta a Interpello 903-104/2004 – ART. 11, legge 27 luglio 2000, n. 212, del 13 settembre 2004, Prot. n. 903-14743/2004 [supra, nota 1]).

# Profili impositivi del trust

di Pierfrancesco Rotondo — Alessandro Rotondo

SOMMARIO: § 1. Il caso. – § 2. Le tesi. – § 3. Il concetto di atto a contenuto patrimoniale.

## § 1. Il caso.

La sentenza della Commissione Tributaria Provinciale di Brescia dell'11 gennaio 2006(1) prosegue il percorso di confronto della giurisprudenza tributaria con l'istituto del trust e si pone in rapporto di logica continuità con la sentenza della Commissione Regionale di Venezia del 23 gennaio 2003(2).

In quel caso l'Agenzia delle Entrate aveva ravvisato alla base del conferimento oggetto dell'atto di trust un intento liberale e, pertanto, aveva ritenuto di sottoporlo ad imposta assimilandolo ad una donazione.

Il Giudice tributario, investito della materia a seguito del ricorso presentato dal disponente, aveva rilevato come mancasse l'intento liberale nel trasferimento del bene dal disponente al trustee e aveva quindi concluso per l'illegittimità dell'applicata tassazione.

Il caso sottoposto alla Commissione Tributaria Provinciale di Brescia, seppur generato da un atto per molti versi simile a quello esaminato dalla Commissione Regionale di Venezia, ha ricevuto dall'Ufficio un diverso inquadramento.

Al fine di permettere una più agevole analisi delle posizioni assunte dall'Agenzia delle Entrate e delle determinazioni del Giudice tributario, appare opportuno un breve esame del contenuto dell'atto che ha dato origine al procedimento(3).

Con l'atto in questione, il disponente ha istituito un trust che amministrasse i beni conferiti sino alla sua morte e a quella dei suoi figli e, in tale momento, provvedesse a devolvere il patrimonio direttamente ai suoi nipoti. Il patrimonio conferito era costituito da terreni e fabbricati di consistente valore.

L'atto istitutivo prevedeva che il patrimonio del trust fosse costituito, oltre che dai beni trasferiti dal disponente nel momento dell'istituzione, dai beni oggetto di eventuali futuri conferimenti e dai frutti di detti beni.

L'atto istitutivo identificava inoltre due categorie

di beneficiari: i "Beneficiari Principali", indicati nei figli del disponente, e i "Beneficiari Finali", individuati nei figli nati dei primi o, in mancanza, nei rispettivi eredi legittimi.

Il trustee viene così investito del potere di amministrare i beni del trust sino alla sua scadenza, prevista, come dicevamo, nel momento del decesso di entrambi i beneficiari principali, figli del disponente. In tale momento il trustee avrà il compito di assegnare i beni del trust ai beneficiari finali, nipoti del disponente o comunque eredi legittimi dei suoi figli, stabilendone la ripartizione secondo la propria piena ed assoluta discrezionalità, discrezionalità che si può spingere sino all'esclusione di taluno dei beneficiari.

Per tutta la vita del trust, il trustee avrà il potere di intervenire in favore dei beneficiari principali con elargizioni eccezionali volte a fronteggiare eventuali necessità straordinarie dei beneficiari o dei loro congiunti, quali malattie o eventi di altra natura che possano turbare il loro abituale tenore di vita.

Lo strumento istitutivo rimarca la piena discrezionalità del trustee, tanto nelle decisioni relative alle elargizioni eccezionali quanto nella attribuzione dei beni ai beneficiari finali e precisa che i beneficiari, principali o finali che siano, non possono vantare diritti o crediti di qualsivoglia natura nei confronti del trustee o dei beni del trust.

A sottolineare ancora l'assoluta discrezionalità del trustee nelle decisioni relative alle elargizioni, l'atto istitutivo prevede anche un espresso esonero dalla responsabilità per il trustee in relazione alle elargizioni da lui eventualmente effettuate o non effettuate.

### Note:

Pierfrancesco Rotondo e Alessandro Rotondo sono avvocati in Brescia. Questo articolo è stato originariamente pubblicato in *Corr. trib.*, 2006, 1745. Ringraziamo gli autori per aver consentito la ripubblicazione in questa Rivista.

(1) *Infra*, 424.

(2) Commissione Tributaria Regionale di Venezia, 23 gennaio 2003, in questa Rivista, 2003, 253.

(3) Il testo dell'atto istitutivo del trust è riportato in calce alla sentenza del Tribunale di Brescia, *infra*, 424 [n.d.r.].

**S a g g i**

L'atto sin qui sommariamente riassunto è stato sottoposto all'Agenzia delle Entrate la quale ha ritenuto di sottoporlo all'imposta proporzionale nella misura del 3%.

Il contribuente ha provveduto a pagare quanto richiesto formulando contestualmente un'istanza di rimborso. A fronte del rifiuto per silenzio-diniego ha poi provveduto a presentare ricorso alla Commissione Tributaria Provinciale di Brescia.

**§ 2. Le tesi.**

L'Agenzia delle Entrate, costituendosi in giudizio, ha difeso il proprio operato, asserendo di aver tassato l'atto applicando l'articolo 20 del D. P. R. 26 aprile 1986, n. 131 secondo 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".

Pertanto, valutando gli effetti economici perseguiti dalle parti al di là della forma giuridica dell'atto, l'Agenzia ha ritenuto che l'atto avesse un contenuto patrimoniale e che, non corrispondendo ad alcuno degli atti tipici, andasse sottoposto all'aliquota del 3% prevista dall'art. 9 della Tariffa allegata al D. P. R. 26 aprile 1986, n. 131.

La novità più interessante portata dalle posizioni dell'Agenzia delle Entrate in questo procedimento è l'identificazione del momento da cui trae origine l'imposizione.

Infatti l'Agenzia ammette pacificamente che il mero atto istitutivo sia fiscalmente neutro e ritiene anche "il trasferimento dei beni dal disponente al trustee un'operazione fiscalmente neutra, mentre ha ritenuto di tassare ex art. 20 gli effetti che in concreto l'operazione ha prodotto.

Infatti, il trust contiene la disposizione di trasferire ai beneficiari finali (figli) i frutti degli immobili. Altra finalità del trust è quella di trasferire dopo la morte della disponente la proprietà degli immobili ai figli e/o ai nipoti"(4).

L'ufficio pare in sostanza ritenere che il contenuto patrimoniale dell'atto sia da ravvisare proprio nella destinazione a cui vengono vincolati i beni del trust, poiché ritiene che detto vincolo si sostanzia in un arricchimento dei beneficiari. In questo senso l'Agenzia delle Entrate rilegge ed interpreta la pronuncia della Commissione Tributaria Provinciale di Lodi, a cui espressamente si richiama, che, con sentenza 5 novembre 2001, n. 135, ha affermato che "l'atto

costitutivo del trust non può considerarsi né una donazione, difettandone la causa (e non solo quindi l'*animus donandi*) né un atto a titolo oneroso, perché non vi è un corrispettivo: esso è un atto a titolo gratuito di intestazione al trustee di poteri ed oneri relativi all'amministrazione e gestione di beni, con vincolo di destinazione dei beni medesimi ad esclusivo vantaggio del beneficiario"(5) e quindi, proprio dal vantaggio del beneficiario, l'Agenzia trae la conseguenza che l'atto abbia un contenuto patrimoniale.

Il contribuente, per converso, ha asserito che l'atto in oggetto dovesse essere assoggettato ad imposta in misura fissa in quanto i beni di cui viene dotato il trust vengono effettivamente trasferiti al trustee, ma questo non ottiene nessun arricchimento sostanziale del suo patrimonio. Infatti il trasferimento dal disponente al trustee, fondandosi sull'elemento fiduciario che lega i due soggetti, non è assoggettabile ad imposta proporzionale in quanto realizza non un arricchimento ma un'attribuzione meramente strumentale al raggiungimento del fine ultimo del trust, individuato nelle disposizioni che verranno adottate nei confronti dei beneficiari.

La ragione o causa pratica del trust non sta, perciò, nell'attribuzione definitiva del diritto trasferito al trustee, ma nella conservazione di tale diritto e nel compimento di tutti quegli atti che, nei limiti prescritti dall'atto istitutivo, il trustee dovrà porre in essere per realizzare lo scopo del trust. Il trustee, in sostanza, non manifesta alcuna capacità contributiva propria con riferimento ai beni affidatigli fiduciariamente, ricevendo la proprietà ma non le utilità sostanziali ad essa connesse.

Sul punto il contribuente ha ricordato quanto aveva già statuito la Commissione Tributaria Regionale di Venezia nella sentenza del 23 gennaio 2003, in cui si sottolinea come il conferimento patrimoniale dal disponente al trustee trovi ragione nelle capacità di amministrazione e gestione dei beni da parte del trustee in funzione di un beneficio finale ai beneficiari finali. "Non potrebbe mai esservi arricchimento del trustee perché come tale questi non è destinatario di un atto di liberalità, ma bensì tenuto ad adempiere il programma del trust; esso costituisce so-

**Note:**

(4) Così in atto di costituzione in giudizio del 5 ottobre 2005.

(5) Commissione Tributaria Provinciale di Lodi, 5 novembre 2001, in questa Rivista, 2002, 418.



lo il mezzo per la realizzazione del programma voluto dal disponente, che è quello di attribuire un vantaggio patrimoniale ai beneficiari finali. La causa dell'atto è il programma di segregazione dei beni conferiti, ai fini della loro successiva destinazione, alla scadenza del trust, ai beneficiari finali".

D'altro canto, nel caso in esame, l'arricchimento dei beneficiari finali appare del tutto futuro ed incerto essendo subordinato al potere discrezionale del trustee, all'esito della gestione, e addirittura alla stessa nascita dei beneficiari (ricordiamo infatti che i beneficiari finali sono indicati nei nipoti non ancora nati del disponente). Ne discende che, a detta del ricorrente, neppure i beneficiari possono essere oggetto di tassazione nel momento del trasferimento dei beni conferiti al trustee in quanto in tale momento non nasce in capo a loro nessun diritto, come si può ricavare dal fatto che essi non sono neppure indicati nominativamente ma solo in forma alternativa o come mera categoria dei soggetti destinatari tra cui il trustee può liberamente scegliere.

Anche dal punto di vista oggettivo, non esiste alcun diritto in capo ai beneficiari, nessuna pretesa che questi possano soggettivamente azionare, in quanto il trustee è libero di erogare quanto ritiene in buona fede giusto erogare e nel momento in cui ritiene opportuna l'erogazione. Per cui dalla lettura dell'atto istitutivo del trust, emerge che la chiara volontà del disponente era quella di predisporre uno strumento gestorio che preservi il suo patrimonio permettendone il trasferimento, dopo la sua morte, ai suoi nipoti e l'eventualità che qualcosa venga erogato è prevista solo in modo residuale e del tutto eventuale.

### § 3. Il concetto di atto a contenuto patrimoniale.

La Commissione Tributaria Provinciale di Brescia ha risposto alle sopra indicate argomentazioni sottolineando che le elargizioni e il trasferimento di beni del trust dal trustee ai beneficiari appaiono come eventi futuri ed incerti nel momento dell'istituzione del trust, mentre l'atto istitutivo, ancorché comprendente anche la dotazione del trust e quindi il trasferimento dei beni dal disponente al trustee, è un "atto neutro sotto il profilo dei valori messi in gioco" non essendoci "alcun arricchimento attuale di alcuno dei soggetti individuati in contratto".

La Commissione dunque accoglie il ricorso e riconduce l'imposizione sull'atto di istituzione di trust

e trasferimento dei beni al trustee nell'ambito dell'articolo 11 della Tariffa allegata alla legge di registro, che prevede l'applicazione dell'imposta in misura fissa per gli atti aventi ad oggetto prestazioni non patrimoniali.

La decisione ci ricorda il percorso svolto dalla giurisprudenza tributaria in materia di fondo patrimoniale.

Spesso abbiamo visto il fondo patrimoniale accostato al trust in quanto entrambi gli istituti producono l'effetto di segregare un bene vincolandolo al raggiungimento di uno scopo che nel caso di un fondo patrimoniale è necessariamente il soddisfacimento dei bisogni della famiglia, mentre, come sappiamo, nel caso di un trust può essere al contrario più variamente determinato.

Alcune Agenzie delle Entrate avevano ritenuto di applicare alla convenzione istitutiva di un fondo patrimoniale nel quale venisse sottoposto al vincolo un bene di proprietà di uno solo dei coniugi l'imposta in misura proporzionale, ritenendo che la convenzione, vincolando ai bisogni di entrambi i coniugi un bene di proprietà di uno solo di essi, di fatto venisse a creare in capo all'altro coniuge un diritto analogo a quello dell'usufrutto.

In particolare nel procedimento deciso dalla Suprema Corte di Cassazione con la sentenza n. 10666 emessa dalla quinta sezione il 7 luglio 2003(6), l'Amministrazione finanziaria ha sostenuto che "nel caso in cui il coniuge si riservi la proprietà del bene con cui si costituisce il fondo patrimoniale, l'altro coniuge acquista sul medesimo bene un particolare diritto di godimento, equiparabile all'usufrutto, opponibile erga omnes; l'acquisto dei frutti avviene pro quota in favore di ciascun coniuge, anche per quello titolare del diritto di proprietà; l'amministrazione dei beni del fondo è regolata dalle leggi sulla comunione legale e cioè doveva essere congiunta; per qualsiasi atto di disposizione dell'immobile è necessario il consenso dell'altro coniuge". Tutti questi argomenti, a detta dell'Amministrazione delle Finanze, rendono fondata l'applicazione alla costituzione di un fondo patrimoniale dell'imposta di cui all'articolo 9 della Tariffa allegata al D. P. R. 26 aprile 1986, n. 131, poiché l'atto avrebbe per oggetto prestazioni di carattere patrimoniale.

Nota:

(6) Cass., 7 luglio 2003, n. 10666, Vita not., 2003, 1005.

**Saggi**

Come vediamo, esiste un parallelismo tra le posizioni assunte dall'Amministrazione delle Finanze in relazione all'atto di istituzione di trust che qui ci occupa e nel caso di costituzione di un fondo patrimoniale. In entrambi i casi il primo problema da risolvere è stato evidenziare se l'atto avesse o meno contenuto patrimoniale ed in entrambi i casi l'Amministrazione ha ricercato il contenuto patrimoniale nelle utilità che potevano essere tratte dal bene: l'acquisto dei frutti ed il godimento del bene da parte del coniuge non proprietario nel caso di fondo patrimoniale e le utilità erogabili ai beneficiari nel caso di trust.

In entrambi i casi l'argomento non ha avuto riscontro positivo da parte della giurisprudenza.

Per il fondo patrimoniale le argomentazioni dell'Amministrazione finanziaria sopra esposte non hanno trovato accoglimento e la Corte di Cassazione ha ritenuto che la convenzione istitutiva di un fondo patrimoniale "non è un atto che ha per oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale, perché tra gli stipulanti non vi è scambio di alcuna prestazione e controprestazione patrimoniale o, comunque alcuno scambio di prestazioni tra i coniugi in un sinallagma economicamente rilevante. Non è un atto avente mera natura ricognitiva, perché fa sorgere un vincolo di destinazione dei beni, efficace erga omnes. È invece una convenzione istitutiva di un nuovo regime giuridico, diverso da quello precedente, costitutivo di beni in un vincolo di destinazione a carattere reale, in quanto vincola l'utilizzazione dei beni e dei frutti solo per assicurare il soddisfacimento dei bisogni della famiglia"(7).

Quanto detto in merito al vincolo di destinazione creato dal fondo patrimoniale può essere richiamato anche per l'effetto segregativo creato dalla istituzione di un trust. Il punto sostanziale che differenzia le due fattispecie è rappresentato dal trasferimento della proprietà.

Le sentenze sopra ricordate in materia di fondo patrimoniale si riferiscono tutte a casi in cui il fondo viene costituito da uno solo dei coniugi e non si realizza alcun effetto traslativo della proprietà. Infatti l'art. 168 cod. civ. prevede che la proprietà dei beni costituenti il fondo patrimoniale spetti ad entrambi i coniugi, salvo contraria previsione dell'atto costitutivo. Tale contraria previsione era stata espressa nelle convenzioni esaminate nelle citate sentenze della Corte di Cassazione. Al contrario, il caso esaminato dal Giudice tributario di Brescia prevedeva un atto

istitutivo di trust in cui il disponente trasferiva una serie di beni, e pertanto realizzava non solo l'apposizione di un vincolo segregativo su detti beni vincolandoli allo scopo del trust, ma anche un vero e proprio trasferimento di proprietà. I beni sono usciti dal patrimonio del disponente e ne sono usciti definitivamente divenendo proprietà del trustee.

Tale differenza non dovrebbe tuttavia portare a conseguenze diverse. Infatti, se da un lato è vero che i beni di cui è stato dotato il trust sono stati trasferiti ed intestati al trustee, si deve notare anche che questi non sono entrati nel suo patrimonio personale in senso stretto, non sono aggredibili dai suoi creditori, non cadono in successione alla sua morte, non possono da lui essere utilizzati o consumati. In altri termini, possiamo dire che i beni del trust, pur divenendo di proprietà del trustee non entrano nel suo patrimonio ma in quel diverso patrimonio di cui lui è titolare in quanto rappresentante ed esecutore del trust ed è pertanto vincolato allo scopo del trust.

Da un punto di vista delle utilità economiche il trasferimento al trustee appare come un trasferimento vuoto e quindi anche sotto questo profilo pare applicabile l'imposta in misura fissa di cui all'art. 11 della Tariffa allegata al D. P. R. 26 aprile 1986, n. 131, trattandosi di un atto non avente ad oggetto prestazioni aventi contenuto patrimoniale.

**Nota:**

(7) Cass., 7 luglio 2003, n. 10666 [*supra*, nota 6]; conformi, Cass., 28 ottobre 2005, n. 21056, inedita, e Cass., 26 maggio 2003, n. 8289, Arch. civ., 2004, 585.

# Challenging the Exercise of a Trustee's Discretion

di Geraint W. Thomas

Tradizionalmente, sulla base della presunzione che agisca sempre in modo appropriato, i giudici si sono mostrati restii ad interferire con l'esercizio di un potere discrezionale del trustee. Tale presunzione, tuttavia, non è assoluta e l'intervento del giudice stesso si rende necessario ogni qual volta emerga che il processo decisionale si è svolto in maniera inappropriata.

Tuttavia, oggi, il principio generale della non interferenza necessita di essere riconsiderato alla luce di alcuni precedenti, come *Schmidt v Rosewood Trust Ltd.* e altri che hanno esteso la portata del c.d. *Hastings-Bass principle*, poiché questi recenti sviluppi hanno sostanzialmente introdotto un elemento di incertezza circa l'insindacabilità delle decisioni discrezionali del trustee.

**SUMMARY:** § 1. The *Hastings-Bass* Principle. What is the principle in *Hastings-Bass*? – § 2. The origins of the principle. – § 3. 'Would' or 'might' have acted differently? – § 4. *Sieff and Others v Fox and Others*. – § 5. An alternative test. – § 6. Is it relevant how the trustees' mistake arose? – § 7. Can the exercise be vitiated by a mistake as to its fiscal consequences? – § 8. The effect of the exercise: is it void or voidable? – § 9. Summary.

The courts have traditionally been reluctant to interfere with the exercise of a power or discretion by trustees. However, there are well-established heads under which such an exercise may be held to be invalid. A trustee may have failed entirely to appreciate that he actually had a discretion to exercise at all (equitable *non est factum*)(1). He may have acted under dictation from another(2). There may be a formal or procedural defect, eg failure to obtain a prior consent(3). An exercise may be excessive(4), eg because it amounts to an unauthorised delegation(5) or it is in breach of the rule against perpetuities(6). It may be a fraud on the power(7). The trustee may have acted in a manner which is so completely unreasonable that it is plain that he must have been

acting capriciously(8). These well-established, ancient principles clearly indicate that there is no such thing as a truly 'absolute' or 'uncontrollable' discretion as far as trustees are concerned. Nevertheless, the broad underlying principle has traditionally been one of judicial non-interference: the trustees are presumed to have acted properly and, unless there was something obviously defective or improper in their decision-making process, their decisions could not be challenged.

This basic principle of non-interference may need to be reconsidered or, at least, qualified still further. Recent cases extending the scope of the so-called rule in *Hastings-Bass* have made it easier for trustees'

#### Note:

Geraint W. Thomas is Professor of Equity and Property Law, School of Law, Queen Mary, University of London.

This article was originally published by the UK-based trust and corporate service providers Jordans Limited, in *The Journal of International Trust and Corporate Planning*; Volume 12, Issue 3, 2005. For further information on this Journal please contact Martin Palmer by email: martin\_palmer@jordans.co.uk.

(1) See, for example, *Turner v Turner* [1984] Ch 100.

(2) See, for example, *Re Steed's Will Trusts* [1960] Ch 407, esp at 417–419; *Selby v Bowie* (1863) 8 LT 372; *Re Smith* (1886) 17 QBD 488, esp at 492–493; *Re Brockbank* [1948] Ch 206.

(3) See, for example, *Cocker v Quayle* (1830) 1 Russ & M 535; *Re Forster's Settlements* [1942] Ch 199. For 'consent powers' generally, see GW Thomas, Powers (Sweet & Maxwell, 1998), at pp 224–235.

(4) See, for example, *Re Boulton's Settlement Trust* [1928] Ch 703. For the excessive exercise of a power generally, see Thomas, Powers, Chapter 8, and GW Thomas and A Hudson, *The Law of Trusts* (Oxford University Press, 2004), Chapter 18.

(5) See, for example, *Re De Sommers* [1912] 2 Ch 622. For the delegation of powers by trustees generally, see Thomas and Hudson, *The Law of Trusts*, Chapter 15.

(6) See, for example, *Re De Sommers* [1912] 2 Ch 622. For the application of the rule against perpetuities to trustees' powers generally, see Thomas, Powers, Chapter 4, and Thomas and Hudson, *The Law of Trusts*, pp 216–227.

(7) See, for example, *Duke of Portland v Topham* (1864) 11 HLC 32. For the fraudulent exercise of a power generally, see Thomas, Powers, Chapter 9, and Thomas and Hudson, *The Law of Trusts*, Chapter 19.

(8) *Re Hodges* (1878) 7 Ch D 754; *Tabor v Brooks* (1878) 10 Ch D 273, at 277; *Re Chapman* (1895) 72 LT 66; *Klug v Klug* [1918] 2 Ch 67; *Re Bell Brothers* (1891) 65 LT 245; *Re Roper's Trusts* (1879) 11 Ch D 272.

**Saggi**

decisions to be set aside where the effects of those decisions turn out to be different from those actually intended. In many respects, this development has made life easier (or at least safer) for trustees who make decisions on the basis of erroneous or incomplete information: trustees may now have a second bite at the cherry (at minimum cost). On the other hand, the second development, namely the decision in *Schmidt v Rosewood Trust Ltd*(9), may make a trustee's life much more difficult, for it seems indirectly to have rendered the 'absolute' nature of trustees' discretions somewhat less absolute. One potential consequence of the Privy Council's re-assessment of the right of a beneficiary or a discretionary object to obtain trust information may be that it makes it more difficult for trustees to maintain the secrecy (more diplomatically called 'confidentiality') of their decision-making – unless, that is, the trustees operate offshore and can rely on specific offshore legislative provisions protecting confidentiality. These two developments have clearly created uncertainty in relation to the finality and reviewability of the exercise by trustees of their discretions.

### § 1. The *Hastings-Bass* Principle(10). What is the principle in *Hastings-Bass*?

The *Hastings-Bass* principle has been reviewed and seemingly extended in a spate of recent cases(11), but not without disagreement as to its scope and requirements. Its development and application have also been the subject of criticism(12). It is a peculiar principle in that the trustees are as likely as the beneficiaries – indeed more so – to seek to have their own decisions set aside. Thus, if applied indiscriminately or without substantial limitation, the principle is effectively a mechanism for avoiding the consequences of a breach of trust. The most recent judicial formulation of the principle is as follows(13):

'Where trustees act under a discretion given to them by the terms of the trust, in circumstances in which they are free to decide whether or not to exercise that discretion, but the effect of the exercise is different from that which they intended, the court will interfere with their action if it is clear that they would not have acted as they did had they not failed to take into account considerations which they ought to have taken into account, or taken into account considerations which they ought not to have taken into account.'

Whether this formulation is generally adopted remains to be seen. It certainly reflects a growing tendency to widen the scope of the principle, which, essentially, introduces into trusts law a broad principle of judicial review more relevant to public law(14). It is suggested below that the rule should not be formulated in such broad terms; and that, in any event, this broad formulation does not answer all the questions to which the application of the principle has given rise.

### § 2. The origins of the principle.

It is worth recalling, briefly, how the principle originated, because there is a strong possibility that, if it is ever reviewed by a higher court, its scope and application may be curtailed and restored to what seems to have been its more limited original purpose. Traces of the principle actually pre-date the case from which it takes its name. In *Re Vestey's Settle-*

---

#### Note:

(9) [2003] 2 WLR 1442 [e in questa Rivista, 2003, 586 (n.d.r)].

(10) *Re Hastings-Bass* [1975] Ch 25. See generally Thomas and Hudson, *The Law of Trusts*, pp 382–399.

(11) *Kerr v British Leyland (Staff) Trustees Ltd* (1986) [2001] WTLR 1071; *Mettoy Pension Trustees Ltd v Evans* [1990] 1 WLR 1587; *Stannard v Fisons Pension Trust Ltd* [1991] PLR 225; *Harris v Lord Shuttleworth* [1994] ICR 989; *Wild v Smith* [1996] PLR 275; *Law Debenture Trust Corp Ltd v PO* [1998] 1 WLR 1329; *AMP (UK) plc v Barker* [2001] WTLR 1237; *Hearn v Younger* [2002] WTLR 1317; *Green v Cobham* [2002] STC 820, [2000] WTLR 1101; *Abacus Trust Company (Isle of Man) Ltd v NSPCC* [2001] STC 1344; *Breadner v Granville-Grossman* [2001] WTLR 829; *Re the Green GLG Trust* (2002) 5 ITEL 590 (RC of Jersey); *Burrell v Burrell* [2005] WTLR 313.

(12) See, for example, Sir Robert Walker, 'Some Trust Principles in the Pensions Context' in AJ Oakley (ed), *Trends in Contemporary Trust Law* (Oxford University Press, 1996), at p 123; Sir Robert Walker, 'The Limits of the Principle in *Re Hastings-Bass*' [2002] Private Client Business 226; E Nugee QC 'Re *Hastings-Bass* Again – Void or Voidable? And Further Reflections' [2003] Private Client Business 173; B Green QC 'The law relating to trustees' mistakes – where are we now?' (2003) *Trust Law International* 114; Thomas and Hudson, *The Law of Trusts*, at pp 386–399; Underhill and Hayton, *Law of Trusts and Trustees* (16th edn, Butterworths, 2003), at pp 694–699. See also D Hayton, 'Pension Trusts and Traditional Trusts: Drastically Different Species of Trusts' [2005] 69 *Conveyancer* 229.

(13) *Sieff and Others v Fox and Others* [2005] EWHC 1312 (Ch), [2005] 1 WLR 3811, at [119]; Lloyd LJ (sitting as a judge of the Chancery Division).

(14) Which, in itself, is an uncertain, if not dangerous, practice. The notion of a public body seeking judicial review of its own decisions is somewhat bizarre, although, presumably, it could seek a declaration as to whether a particular exercise of discretion was or was not valid and effective.

ment(15), for example, an appointment intended to create accumulation and maintenance trusts, but which actually conferred an absolute interest in income, was held to have been effectively exercised because the result which was actually achieved was not 'substantially or essentially different from that which was intended'. On the other hand, in *Re Pilkington's Will Trusts*(16), Upjohn LJ intimated that an advancement by way of sub-settlement which had an entirely different result from that intended (by reason of the application of the rule against perpetuities) would not be valid under s 32 of the Trustee Act 1925: this would be a matter to which the trustees would not have addressed their minds. Subsequently, in *Re Abrahams' Will Trusts*(17), a settlement created by exercise of a power of advancement was declared wholly void because the trustees had not appreciated the impact of the rule against perpetuities – which altered the settlement completely – and had not therefore had a right appreciation of their discretion.

Both *Re Pilkington* and *Re Abrahams* concerned powers of advancement, and not powers of appointment (let alone any other kind of power or discretion). When a similar question (again involving a power of advancement) arose in *Re Hastings-Bass*(18), the Court of Appeal concluded that the decision of Cross J in *Re Abrahams* should not:

'[...] be treated as laying down any principle applicable in any case other than one in which the effect of the perpetuity rule has been to alter the intended consequences of an advancement so drastically that the trustees cannot reasonably be supposed to have addressed their minds to the question relevant to the true effect of the transaction'(19).

In *Hastings-Bass*, an advancement had created a valid life interest but also purported to create other powers and trusts which were void for perpetuity. The Court of Appeal held that the prime consideration of the trustees was to confer an immediate and indefeasible life interest in possession, with its attendant saving of estate duty.

The trustees undoubtedly considered it beneficial to make some provision for the life tenant's issue and to confer on him a power to make provision for his widow.

However, these:

'[...] indirect and contingent benefits (had they been capable of taking effect) should be regarded as mere make-weights which might be treated as en-

hancing the benefit [...] of the scheme as a whole, but which were of far less significance than the major benefits of the saving of death duties coupled with an acceleration of [his] interest'(20).

These early cases clearly had a narrow and limited application. They were restricted to powers of advancement, and it is clear, for example, that Cross J, in *Re Abrahams*, considered this to be a crucial factor(21). A power of advancement is exercisable in favour of only one object and, indeed, only for that object's 'benefit'. If it is exercised in a manner which is manifestly not for that object's benefit, it is not so much a question of taking into account irrelevant considerations or failing to consider relevant ones, but rather an attempt to do something which is not authorised by the power(22). On this basis, the principle in *Hastings-Bass* could be said to be a narrow one: it is merely one example of an excessive exercise of a power. Nevertheless, this narrow interpretation of the principle in *Hastings-Bass* is somewhat academic at present: it was argued and rejected in *Mettoy Pension Trustees Ltd v Evans*(23).

In fact, subsequent cases adopted a much broader interpretation of the principle in *Hastings-Bass*. In *Hastings-Bass* itself, Buckley LJ enunciated a much wider principle, namely that, in certain cases, a trustee's exercise of a discretion could be challenged or interfered with on the grounds that he had failed to take into account relevant considerations or had taken into account irrelevant considerations:

'[...] where by the terms of a trust (as under section 32) a trustee is given a discretion as to some matter under which he acts in good faith, the Court should not interfere with his action notwithstanding

**Note:**

(15) [1951] Ch 209.

(16) [1961] Ch 466, at 489.

(17) [1969] 1 Ch 463.

(18) [1975] Ch 25.

(19) *Ibid*, at 41.

(20) *Ibid*, at 39 and 40.

(21) [1969] 1 Ch 466, at 484–485.

(22) See also *Re Hastings-Bass* [1975] Ch 25, at 40–41, per Buckley LJ.

(23) [1990] 1 WLR 1587, at 1622–1623.

## Saggi

that it does not have the full effect which he intended, unless (1) what he has achieved is unauthorised by the power conferred upon him, or (2) it is clear that he would not have acted as he did (a) had he not taken into account considerations which he should not have taken into account, or (b) had he not failed to take into account considerations which he ought to have taken into account.'

Head (1) covers cases of excessive execution of a power. Head (2) is clearly a separate and wider ground for interference. It contemplates the possibility that the intended or actual effect of an exercise of a power may well be authorised by the terms of the power (ie not an excessive exercise) and, yet, that such exercise may be impeachable because the trustee failed to consider relevant considerations or took irrelevant considerations into account. Support for such a broad principle may perhaps be found in earlier cases<sup>(24)</sup>. However, they are all capable of being explained on narrower grounds than the broad principle enunciated in *Hastings-Bass*.

Nevertheless, the existence of this wider ground of challenge – which is really what has come to be called 'the principle in *Hastings-Bass*'<sup>(25)</sup> – was recognised by Warner J in *Mettoy Pension Trustees Ltd v Evans*<sup>(26)</sup>. In *Mettoy*, one of the issues concerned the validity of a particular deed which had been executed by the trustees of a pension scheme, in exercise of a power of amendment held jointly with the employing company, and intended to consolidate the rules of that scheme and to correct certain past errors. It was argued that the trustees had failed to take into account or consider a number of changes to the provisions of the scheme effected by the deed, the most important of which was the introduction of a rule which provided that any surplus funds on the winding up of the scheme were to be applied at the discretion of the employing company and not, as had previously been the case, at the discretion of the trustees<sup>(27)</sup>. It was therefore argued that the deed ought to be declared wholly or partially invalid under 'the rule in *Hastings-Bass*'<sup>(28)</sup>. In the event, Warner J held that the discretion conferred on the employer was a fiduciary power.

This fact was not known by the trustees when they executed the relevant deed, but there was no evidence that, if they had known it, they would have declined to execute it in the form in which it was presented to them. Consequently, Warner J held that the rule in *Hastings-Bass* did not apply<sup>(29)</sup>.

The formulation of the principle put forward by Warner J was as follows:

'where a trustee acts under a discretion given to him by the terms of the trust, the court will interfere with his action if it is clear that he would not have acted as he did had he not failed to take into account considerations which he ought to have taken into account.'

According to Lloyd LJ in *Sieff and Others v Fox and Others*<sup>(30)</sup>, Warner J's formulation of the principle was 'positive' ('will interfere') as opposed to the negative formulation ('should not interfere') of Buckley LJ in *Hastings-Bass* itself. Whether this makes any significant difference is doubtful, however.

Nevertheless, according to Warner J, the principle is not confined to cases where an exercise by trustees of a discretion vested in them is partially ineffective because of some rule of law or because some limit on their discretion has been overlooked: 'the reason for the application of the principle is the failure by the trustees to take into account considerations that they ought to have taken into account'<sup>(31)</sup>. Three questions are relevant<sup>(32)</sup>. First, what were the trustees under a duty to consider? Secondly, did they fail to consider it? Thirdly, if so, what would they have done if they had considered it?

Significantly, Warner J clearly laid down that, for the principle to apply, it is not sufficient to show that the trustees did not have a proper understanding of the effect of their act. It must also be clear that, had they had a proper understanding of it, they *would* not

### Note:

(24) *Ellis v Barker* (1871) 7 Ch App 104; *Re Hodges* (1878) 7 Ch D 754; *Re Roper's Trusts* (1879) 11 Ch D 272; *Wilson v Turner* (1883) 22 Ch D 521; *Re Lofthouse* (1885) 29 Ch D 921; *Re Bryant* [1894] 1 Ch 324; *Klug v Klug* [1918] 2 Ch 67; *Re Moxon's Will Trusts* [1958] 1 WLR 165; *Re Pauling's Settlement Trusts* [1964] Ch 303.

(25) See, for example, *Green v Cobham* [2002] STC 820, at 827.

(26) [1990] 1 WLR 1587, at 1622–1626.

(27) *Ibid*, at 1605, 1621–1622.

(28) *Ibid*, at 1621H.

(29) *Ibid*, at 1629–1630.

(30) [2005] EWHC 1312 (Ch), [2005] 1 WLR 3811, at [46].

(31) [1990] 1 WLR 1587, at 1624B.

(32) *Ibid*, at 1625B.

have acted as they did(33). After all, if trustees' decisions are not to be merely provisional and vulnerable, it would seem to be essential that the trustee *would not* have made the decision that he did actually make and *would* have acted differently but for the fact that he failed to consider that which was relevant (or had not considered that which was irrelevant)(34). Nevertheless, this issue – whether trustees *would* have acted differently or simply that they *might* have done so – has proved to be problematic in subsequent cases.

### § 3. 'Would' or 'might' have acted differently?

In *Green v Cobham*(35), the 'negative' version of the principle laid down in *Hastings-Bass* itself was used, rather than the 'positive' formulation put forward in *Mettoy*. In *Green*, an appointment was set aside because trustees of a family trust had given no thought to the capital gains tax (CGT) consequences arising from the fact that an offshore settlement and appointed sub-settlements would be regarded as a composite settlement and that the majority of the trustees of that settlement would no longer be treated as resident in the British Virgin Islands. *Green v Cobham* was followed in *Abacus Trust Company (Isle of Man) Ltd v NSPCC*(36), another family trust case, where trustees incurred a charge to CGT because they had failed to take the appropriate actions at the proper times. Patten J held that, had the trustees considered the fiscal consequences of their actions, they would not have taken the steps that they did(37).

Indeed, in *Breadner v Granville-Grossman*(38) Park J refused to apply the principle at all in a case where an appointment had been executed one day too late or to an earlier appointment which had wrongly included adopted children as beneficiaries.

In contrast, in *Stannard v Fisons Ltd*(39) the issue concerned the amount to be transferred from one pension scheme to another upon the sale by Fisons of part of their business to a third party. The purchaser in effect claimed that the amount transferred was inadequate. In the Court of Appeal, Dillon LJ (with whom Ralph Gibson LJ agreed) held that the trustees' decision was vitiated by the fact that they were not, at the relevant moment, properly informed as to the value of the fund and the implications of its value in relation to future contributions; and that, if

they had been properly informed as to these matters, it '*might*' materially have affected their decision. *Stannard* followed the decision in *Kerr v British Leyland (Staff) Trustees Ltd* (1986)(40) which involved the question whether the trustees' decision that a member of a pension scheme was not entitled to an incapacity benefit was valid and effective: it was not, because it was based on inadequate and misleading information. *Mihlenstedt v Barclays Bank International Ltd*(41) and *Harris v Lord Shuttleworth*(42) were similar cases. All these cases were pensions cases, where the rights of the members arose out of their contract of employment; and, in all these cases, the trustees were under a duty to act and not just under a duty to consider acting(43).

However, the 'might' test was then also approved in a family trust case, in *Abacus Trust Co (Isle of Man) v Barr*(44), where Lightman J stated that the principle:

'[...] does not require that the relevant consideration unconsidered by the trustee should make a fundamental difference between the facts as perceived by the trustee and the facts as they should have been perceived and actually were. All that is required in

#### Note:

(33) *Ibid*, at 1624C–D.

(34) As Park J observed in *Breadner v Granville-Grossman* [2001] Ch 523: 'there must be limits to how far the courts will allow the principle in *Hastings-Bass* to rescue trustees from the consequences of their taxplanning misjudgments'.

(35) [2000] WTLR 1101.

(36) [2001] WTLR 953 [e in questa Rivista, 2003, 278 (n.d.r.)].

(37) *Ibid*, at para. [95].

(38) [2001] WTLR 829.

(39) [1990] 1 PLR 179.

(40) [2001] WTLR 1071.

(41) [1989] IRLR 522.

(42) [1994] ICR 991.

(43) See also two other pensions cases: *AMP (UK) Plc v Barker* [2001] WTLR 1237, decided as a question of rectification, but in which the judge considered cases on the *Hastings-Bass* principle and indicated that, if necessary, he would have been bound to apply the 'might' rather than the 'would' test; and *Heam v Younger* [2002] WTLR 1317, where *Hastings-Bass* was not relevant to the actual decision, but where Etherton J discussed the principle and concluded that the 'might' test was the appropriate one.

(44) [2003] 2 WLR 1362, at 1369 [e in questa Rivista, 2004, 407 (n.d.r.)].

**Saggi**

this regard is that the unconsidered relevant consideration would or might have affected the trustee's decision, and in a case such as the present that the trustee would or might have made a different appointment or no appointment at all.'

If this is correct, the threshold is rather low and, as a result, all sorts of potential difficulties may arise. The finality of trustees' decisions may be undermined, not just by the beneficiaries but also by the trustees themselves; and, in effect, any exercise of a discretion by a trustee becomes provisional. Such a low threshold constitutes an invitation to trustees to reconsider and seek review of their decisions whenever the effects are not quite as intended. For trustees, however, this may be seen as a welcome (and relatively inexpensive) means of avoiding what might otherwise be a serious (and expensive) breach of trust (which might, in turn, have a beneficial impact on their insurance premiums and those of their professional advisers).

#### § 4. *Sieff and Others v Fox and Others.*

All these decisions were reconsidered recently in *Sieff and Others v Fox and Others*(45), where trustees of a family trust had executed an appointment as part of a complicated series of steps in a tax-avoidance scheme. The power of appointment under a discretionary trust was exercisable with the consent of X. The core of the avoidance strategy involved an appointment in favour of X, contingently on his being alive on a specified date in the near future, coupled with an assignment by X of his contingent interest by way of re-settlement on the flexible accumulation and maintenance trusts of a separate newly created settlement. The appointment in question was made within 3 months of the date on which the discretionary trust was subject to a 10-yearly periodic charge to inheritance tax. An appointment within this period would avoid a further charge to inheritance tax (under the Inheritance Tax Act 1984 (IHTA 1984), s 65(4)). The trustees were also advised that, although there would be a charge to CGT when the relevant property passed from the old settlement to the new one, hold-over relief would be available (under the Taxation of Chargeable Gains Act 1992 (TCGA 1992), s 260(2)) and no CGT would need to be paid. In fact, this was not entirely correct. Hold-over relief was available only if the trustees made a chargeable transfer for inheritance

tax purposes; and the effect of s 65(4) of the IHTA 1984 was that the appointment in this case was not such a transfer. Hold-over relief was, therefore, not available and CGT in the region of £1 million was payable. There were also other potentially adverse features of the transaction. In particular, there was a possibility that, in the circumstances, X would derive a benefit from certain settled chattels, in contravention of a specific exclusion clause in the settlement, and also a danger that X's assignment of his contingent interest under the appointment would constitute a gift with reservation of benefit for inheritance tax purposes. The trustees were not aware of any of these problems and stated that they would not have executed the appointment if they had been. X stated that he, too, was not aware of them and that, if he had been, he would not have consented to the appointment. The appointment was set aside under the principle in *Hastings-Bass* because the trustees *would* not have made the appointment but for failing to take account of a material consideration as to CGT; or, alternatively, because it was made and consented to under a fundamental misapprehension.

Lloyd LJ's formulation of the *Hastings-Bass* principle is set out at the beginning of this article(46), from which it can be seen that, at least in straightforward cases, he preferred the 'would' rather than the 'might' test. Nevertheless, in an attempt to reconcile all the decided cases, he conceded that the 'might' test was appropriate in some cases. The distinction which he identified in the reported decisions was as follows:

'[...] for the purposes of a case where the trustees are not under a duty to act, the relevant test is still that stated in *Re Hastings-Bass*, namely whether, if they had not misunderstood the effect that their actual exercise of the discretionary power would have, they would have acted differently [...] Only in a case where the beneficiary is entitled to require the trustees to act, such as *Kerr* or *Stannard*, should it suffice to vitiate the trustees' decision to show that they might have acted differently. The word "might" has been used, as a matter of decision, only in those two cases. In two cases it has been said (not as a matter of decision) that the "might" test applies to a

.....  
**Note:**

(45) [2005] EWHC 1312 (Ch), [2005] 1 WLR 3811.

(46) See n 13, above.



voluntary exercise of a power: *AMP (UK) Ltd v Barker and Hearn v Younger*. I respectfully disagree with those observations [...] If an act by trustees is set aside, where the trustees have acted under an obligation, then the beneficiaries can require the trustees to start again, on the correct basis. It seems to me that the lower test of “might” is appropriate in such cases [...] If the trustees’ act was voluntary, so that they cannot be compelled to act again if the act is set aside, the more demanding test of “would” is justified in order to decide whether the trustees’ act can be set aside.

Thus, the suggested solution to the problem of conflicting authorities (other than possibly *Abacus v Barr*) is a distinction between decisions which a trustee *must* take and those which he *may* take.

It has been argued that a distinction ought to be drawn, in this as in other contexts, between ‘family trusts’ and ‘pension trusts’(47). However, such a distinction seems neither necessary nor satisfactory. The courts have applied a similar approach in relation to pension scheme trusts. Thus, in *Harris v Lord Shuttleworth*(48), Glidewell LJ summarised the principles applicable in that case by saying that trustees must ask themselves the correct questions; they must direct themselves correctly in law; in particular, they must adopt a correct construction of the pension scheme rules; they must not arrive at a perverse decision, ie a decision at which no reasonable body of trustees could arrive; and they must take into account all relevant, but no irrelevant, facts. Clearly, the application of these principles must take account of, and will vary in effect according to, the particular context. It is obvious that the considerations of material relevance to the trustees of a pension trust when they exercise a discretion may be significantly different from those materially relevant to the trustees of a family trust, but this surely does not require or justify a different *test*. The *duty* of ‘real and genuine consideration’ surely does not differ in cases where the objects or beneficiaries have given some form of consideration for their status (as in pension fund cases)(49), and neither should the content of that duty. If it is the case that the basis for the court’s interference is not the absence of authority, but an improper exercise of legitimate authority, it must surely be clear, on objective grounds, that, *but for* their ignorance or misunderstanding of a significantly relevant consideration, the trustees *would* or certainly *ought to have* acted differently or not at

all. The underlying principle of review remains common to all cases, as was confirmed in *Wilson v The Law Debenture Trust Corporation plc*(50). If the general principle against interference with the exercise of discretion is to be preserved, and if the finality of trustees’ decisions is regarded as having important practical significance – considerations which apply equally to pension trusts as to family trusts, if not more so – then the principle in *Hastings-Bass* ought to apply only where there is a material irregularity in the decision-making process and the actual outcome is fundamentally flawed: it ought not to be a mechanism simply to give trustees a second chance.

It is true that the Pensions Ombudsman, who is empowered by s 146 of the Pension Schemes Act 1993 (PSA 1993) to provide a remedy for ‘maladministration’, seems to have gone much further than the courts have been prepared to go. In various determinations(51), the Pensions Ombudsman has held that trustees who refused to disclose the reasons for their decisions were guilty of maladministration and liable accordingly. These determinations are unsatisfactory for a number of reasons. They do not always have sufficient (if any) regard to the requirement in s 164 of the PSA 1993 that ‘injustice’ must have been sustained in consequence of the maladministration; they often equate ‘injustice’ with distress or mere disappointment(52), which clearly seems to be incorrect(53), or with a failure to advise a scheme member on his entitlements, which is not a duty of scheme trustees and therefore also an in-

Note:

(47) Cf [2005] 69 Conv 229 (Hayton).

(48) [1994] ICR 989, at 999. See also *Wild v Smith* [1996] PLR 275, at 280; *Lee v Showmen’s Guild of Great Britain* [1952] 2 QB 329, at 344.

(49) See, for example, the observations of Fox LJ in *Kerr v British Leyland (Staff) Trustees Ltd* (1986) [2001] WTLR 1071, cited by Knox J in *LRT Pension Fund Trustee Co Ltd v Hatt* [1993] OPLR 225, at 255; and by Dillon LJ in *Stannard v Fisons Pension Trust Ltd* [1991] PLR 225, at 233; *Wilson v Law Debenture Trust Corp* [1995] 2 All ER 337, at 347–348.

(50) [1995] 2 All ER 337.

(51) See, for example, *Allen v TKM Group* [2002] PLR 333; and determinations Nos M00006 (*Mrs K Holding*) (unreported) 26 August 2003; M00450 (unreported) (27 August 2003).

(52) See, for example, determination No M00450 (unreported) 27 August 2003.

(53) *NHS Pensions Agency v Pensions Ombudsman* (1996) OPLR 119.

**S a g g i**

correct basis for a determination(54); and they frequently (and often explicitly) do not distinguish between maladministration and disputes of fact or of law. Above all, in so far as these determinations deal with the question of disclosure of reasons for the exercise of a discretion (and it is not clear that many of them purport to do so directly), they would seem to be inconsistent with *Wilson* and may therefore be overturned in due course by the High Court. Nevertheless, for the present, they represent a gradual whittling away, in the context of pensions trusts at least, of the protection hitherto accorded to trustees in the exercise of their discretions.

In any event, in relation to the principle in *Hastings-Bass*, Lloyd LJ did not focus on the distinction between family trusts and pension trusts. The actual distinction drawn in *Sieff* is that between a discretion which *must* be exercised (ie in effect, a discretionary trust) and a discretion that *may*, but need not, be exercised (ie in effect, a fiduciary mere power). Clearly, the trustees of a family trust may be under a duty to act (in this sense) and trustees of a pension trust may not. There are, of course, differences between these two kinds of discretion. In each case, the trustee must *consider* the exercise of his discretion from time to time, but there is a difference between them 'in the extent of the survey which the trustee is required to carry out' before an actual exercise. In the case of a discretionary trust, a wider and more comprehensive range of inquiry is called for than in the case of a fiduciary mere power. The difference may 'be one of degree rather than of principle'(55), but it exists. However, if Lloyd LJ's attempt to reconcile conflicting decisions was intended to reflect this difference, it seems to follow that the greater the breach of trust (ie failure to carry out a more comprehensive inquiry) the easier it is to obtain relief under *Hastings-Bass*, which hardly seems reasonable.

The court should continue to be reluctant, as in the past, to interfere with the exercise of discretion by trustees and should not annul their decisions lightly. Otherwise, every such exercise would effectively be provisional only, its finality depending on whether it achieved its intended purpose (usually some form of tax avoidance). With the benefit of hindsight, trustees could often say that they would not have acted as they did had they known, or appreciated the significance of, a relevant consideration. It is surely wrong, in principle, that the decisions of trustees can be set aside on the application of

the trustees themselves. Trustees should not be able to claim some special status which enables them to have a second chance when they make a mistake, a privilege which is not accorded to ordinary persons, especially in relation to tax avoidance(56). It is not as if the beneficiaries were left with no remedy: in appropriate cases, they can always sue the trustees for breach of trust. Trustees who make mistakes would no doubt take a different view; and, in cases where the mistake results in damaging consequences for the trust (e.g. failing to avoid a tax charge), both trustees and beneficiaries would co-operate (collude?) in supporting an application to have the decision set aside. However, this need not always be the case. Viewed in broader terms, extending the grounds on which trustees' decisions can be reviewed and overturned is not a desirable development. For example, if a decision by the trustees is manifestly inconsistent with the terms of a letter or memorandum of wishes prepared by the settlor, why can't a disappointed beneficiary invoke *Hastings-Bass* and seek to have the decision set aside on the basis that the trustees have failed to give proper weight to a relevant consideration or have given undue weight to an irrelevant one? (The risk is all the greater if it is now the case, following *Schmidt v Rosewood Trust Ltd*(57), that letters of wishes may be disclosable to trust beneficiaries and objects, as will be argued in a subsequent article.)

The general principle against interference with the exercise of discretion is a valuable one for all trustees and ought to be preserved. If the finality of trustees' decisions is regarded as having important practical significance, the principle in *Hastings-Bass* ought to apply only where there is a material irregularity in the decision-making process and the actual outcome is fundamentally flawed: it ought not to be

**Note:**

(54) See, for example determination No M00251 (unreported) 5 June 2003; *NHS Pensions v Beechinor* [1997] OPLR 99; *Outram v Academy Plastics* [2000] PLR 283; *University of Nottingham v Eyett* [1999] 1 WLR 594.

(55) *McPhail v Doulton* [1971] AC 424, at 449, 457. See also *Re Baden's Deed Trust (No 2)* [1973] Ch 9, at 20.

(56) At some point, judges will surely recall Lord Denning's strictures that 'the avoidance of tax may be lawful, but it is not yet a virtue. The Court of Chancery should not encourage or support – it should not give its approval to it': *Re Weston's Settlements* [1969] 1 Ch 233, at 245.

(57) [2003] 2 WLR 1442.

a mechanism simply to give trustees a second chance. In order to justify interference by the court, two requirements must be satisfied. First, relevant considerations (and, it is suggested, they must be *significantly* relevant considerations) must have been unknown or ignored or, alternatively, irrelevant considerations (and again, it is suggested, they must have been *significantly* irrelevant considerations) must have been given undue weight. Secondly, it must be established that the trustees *would* not have taken the decision they took, or acted as they did, if they had known or had not ignored such relevant consideration (or had not taken account of such irrelevant consideration). The word 'would' does not indicate a requirement of absolute certainty, but simply a likelihood on a balance of probabilities. Recent decisions suggest that it is sufficient to show that the trustees 'might' have acted differently. In so far as this suggests that even the slightest possibility would suffice, it is suggested that they are in error: at the very least, the court must be satisfied, on a balance of probabilities, that a different decision or action was a realistic possibility.

### § 5. An alternative test.

It is also suggested that it is time to impose further necessary limitations on the principle in *Hastings-Bass*. A more workable test<sup>(58)</sup> might be to ask what the consequences would have been if the *same* effects had been brought about by trustees *with* actual knowledge of the relevant consideration. The court should intervene so as to reverse only that which, *had* it been done with full knowledge and understanding of the significantly relevant consideration, would have been capricious, absurd or such that no reasonable trustee with such knowledge and understanding would ever have done. This is not the same as saying that the trustee has actually acted capriciously, absurdly or unreasonably, for, if he acted out of ignorance or negligently (eg because he could, with reasonable inquiry, have discovered the relevant consideration)<sup>(59)</sup>, he could not be said to have the requisite state of mind to have done so. It is simply saying that, if he had had *mens rea* and deliberately acted in the same way, his decision or action would have been capricious, absurd or manifestly unreasonable. Such an approach would impose necessary limitations on the principle in *Hastings-Bass* and would also make it consistent with other grounds for

judicial interference with, and control of, the exercise of trustees' discretions.

Recent authorities are not necessarily inconsistent with such a view. It would have been utterly unreasonable and absurd, even capricious, for the trustee in *Abacus Trust Company (Isle of Man) Ltd v NSPCC*<sup>(60)</sup> intentionally to have executed the relevant deed of appointment prematurely; or for the trustee in *Abacus Trust Company (Isle of Man) v Barr*<sup>(61)</sup> deliberately to have ignored the settlor's 'instructions' to appoint 40% of the trust fund rather than 60%. The same could be said of *Green v Cobham*<sup>(62)</sup>, which is viewed as the most liberal application of the *Hastings-Bass* principle. It is said that there were no adverse capital gains tax consequences for the trustees to consider: the adverse effects came about when the solicitor retired from practice and not as a result of the appointment. However, Parker J concluded that this argument was 'not sustainable' because 'the damage was done' as soon as the deed of appointment was executed in the sense that the status of the Will trust as a non-resident settlement became determinable by reference to the status of the trustees of the deed as well as that of the Will trustees. This conclusion has been criticised<sup>(63)</sup>. However, it is suggested that it is correct. Immediately the deed of appointment was executed, the non-resident status of the Will trust might have been jeopardised, not just by the retirement from practice of one of the trustees, but also by some entirely freakish accident, such as a non-resident trustee falling under a bus or being eaten by a cayman. This is not a result that any reasonable trustee, with full knowledge and proper understanding of the tax implications, would have brought about. Such a test, it is suggested, restricts the operation of the *Hastings-Bass* principle to narrow and sensible limits. It would remove any need to distinguish between cases in which trustees 'would' have acted otherwise and those in which they 'might'. The prin-

#### Note:

(58) See Thomas and Hudson, *The Law of Trusts*, at paras 11.73–11.74.

(59) *Abacus Trust Company (Isle of Man) v Barr* [2003] 2 WLR 1362, at 1370, para [24].

(60) [2001] STC 1344.

(61) [2003] 2 WLR 1362.

(62) [2002] STC 820.

(63) See, for example, (2003) *Trust Law Int* 114, at 127 (B Green QC).

## Saggi

ciple itself would remain a useful tool in a trustee's defensive armoury and a valuable remedy for beneficiaries and objects, but it would not threaten to undermine materially the finality and non-reviewability of trustees' decisions.

### § 6. Is it relevant how the trustees' mistake arose?

A failure to take account of relevant considerations may be a breach of fiduciary duty on the part of the trustee, for which he will be liable to a beneficiary who is adversely affected. The trustee may have failed, for example, to make reasonable (or any) inquiries that might have disclosed the relevant consideration, or to give any serious thought to the matter; he may not have sought advice or considered such advice as he received. Such a trustee will usually be able to invoke a provision in the trust instrument exempting him from liability so that, if the transaction cannot be annulled in some way, the beneficiaries will be left without remedy. In other cases, the trustees' ignorance does not arise out of a breach of fiduciary duty, eg because they could not, with reasonable inquiry, have discovered the relevant consideration<sup>(64)</sup>. According to Lightman J, in *Abacus Trust Company v Barr*, in the absence of any such breach of duty, neither the trustee nor a beneficiary has a right to have a decision declared invalid because the trustee's decision was in some way mistaken or has unforeseen or unpalatable consequences.

However, if this were correct, the negligent trustee could claim a right which would not be available to the innocent trustee. It is also difficult to reconcile this view with *Re Abraham*, where the trustees' advancement in 1957 was made in accordance with the then generally understood application of the rule against perpetuities and was only subsequently found to infringe the rule following the decision in *Pilkington v IRC*<sup>(65)</sup>. Consequently, in *Sieff*<sup>(66)</sup>, Lloyd LJ considered Lightman J's view 'questionable' and concluded that the *Hastings-Bass* principle was not confined to cases where there has been a breach of duty by the trustees.

As already noted above, it seems rather odd that trustees can themselves invoke the principle in *Hastings-Bass* in order to reverse the consequences of their own breach of fiduciary duty. However, it is clear from the cases that they can indeed do so<sup>(67)</sup>. It is the failure to exercise a power properly that un-

derlies the principle; it is not intended to be an escape route for negligent trustees.

### § 7. Can the exercise be vitiated by a mistake as to its fiscal consequences?

Recent cases have established, probably beyond doubt, that among the relevant factors which a trustee must take into account are the tax consequences of his decision<sup>(68)</sup>. *Abacus Trust Company (Isle of Man) Ltd v NSPCC*<sup>(69)</sup>, for example, involved a complicated tax avoidance scheme in relation to a non-resident trust, whose beneficiaries included the settlor and his wife, both of whom were resident in the UK. The essence of the scheme was that a potential charge to capital gains tax would be avoided by the creation of new trusts and the exclusion of the settlor and his wife as beneficiaries (which had to take place before 6 April 1998) and an appointment in favour of charity (which had to take place on or after that date). In the event, the deed of appointment in favour of charity was executed early (on 3 April, 1998) and, as a result, occasioned a charge to capital gains tax. Having referred to *Green v Cobham*, Patten J stated<sup>(70)</sup>:

'That decision is clear authority that trustees, when exercising powers of appointment, are bound to have regard to the fiscal consequences of their actions and that where it can be demonstrated that a proper consideration of these matters would have led to the appointment not going ahead the court is entitled to and should treat that as an invalid exercise

#### Note:

(64) *Abacus Trust Company (Isle of Man) v Barr* [2003] 2 WLR 1362, at 1370, para [24].

(65) [1964] AC 612. At first instance, Danckwerts J had held the advancement valid: [1959] Ch 699.

(66) [2005] EWHC 1312 (Ch), [2005] 1 WLR 3811, at para [119 (iii)].

(67) *Ibid*; and *Abacus Trust Company (Isle of Man) Ltd v NSPCC* [2001] STC 1344.

(68) *Green v Cobham* [2002] STC 820, [2000] WTLR 1101; *Abacus Trust Company (Isle of Man) Ltd v NSPCC* [2001] STC 1344, at 1353. See also *Re the Green GLG Trust* (2002) 5 ITELR 590 (RC of Jersey); *AMP (UK) plc v Barker* [2001] WTLR 1237; *Hearn v Younger* [2001] EWHC 963 (Ch) (unreported); *Abacus Trust Company (Isle of Man) v Barr* [2003] 2 WLR 1362; *Sieff and Others v Fox and Others* [2005] EWHC 1312 (Ch), [2005] 1 WLR 3811.

(69) [2001] STC 1344.

(70) *Ibid*, at 1353.

of the power in the sense of it being void *ab initio* [...] The financial consequences for the beneficiaries of any intended exercise of a fiduciary power cannot be assessed without reference to their fiscal implications. The two seem to me inseparable.'

### § 8. The effect of the exercise: is it void or voidable?

If the trustees' exercise is vitiated under the *Hastings-Bass* principle, is their act completely void or merely voidable? This question remains unresolved. In *Mettoy*, Warner J observed that, where the material error concerned just a part of the instrument in question, there was no reason why the entirety should be annulled: 'the remedy to be adopted by the court must depend on the circumstances of each case'(71). This looks remarkably similar to simple rectification. In *Abacus v Barr*, Lightman J, having emphasised the differences between public and private law, held that the appointment was merely voidable(72) and that equitable defences were therefore available (eg bona fide purchaser, laches, acquiescence, change of position). He adjourned the question whether it should be avoided. On this basis, the court could set aside the deed on terms, rather than hold the offending parts void: it depends, it seems, on the extent to which the actual result or effect differs from that intended(73).

However, such views have been criticised. Lightman J's views on this point seem to follow on from his conclusion that the application of the principle depends on a breach of duty; and some acts of a trustee arising from breach of duty are voidable and not void. But, as we have seen, this fundamental conclusion is itself questionable.

Is the operation of the principle analogous to an excessive exercise of a power, or indeed a fraud on the power? If so, it is said that the act ought to be void(74). However, this contrary conclusion is also unnecessarily absolute: it is not the case that a fraudulent appointment is void in all circumstances. Yet another view is that the exercise of a power by trustees might be regarded as a nullity by analogy with the rescission of a disposition on the grounds of fundamental mistake of fact or law. Rescission enables a voluntary disposition to be set aside for mistake in circumstances where the disposition fails to carry out the intention of the parties in some fundamental way, and where the mistake is as to the effect

(and not just the consequences) of the disposition(75). However, the difficulty here is that not only is this distinction between 'effects' and 'consequences' difficult to draw (and even somewhat spurious)(76), but also the requirement that the relevant mistake be 'fundamental' clearly does not accord with the decisions on the rule in *Hastings-Bass*(77).

On the other hand, if the principle operates so as to reverse what is essentially a capricious, absurd or unreasonable exercise of the power (as suggested above), the exercise ought to be voidable only. Those affected adversely have a right to have the transaction set aside, but such a right is a 'mere equity'(78); and a mere equity cannot take priority over or defeat the rights of a bona fide purchaser, whether of the legal estate or equitable interest.

### § 9. Summary.

Recent cases have seemingly extended the *Hastings-Bass* principle, but without agreement as to its precise operation, scope or implications. Pension trusts cases and also *Abacus v Barr*, in relation to family trusts, suggest that it is capable of applying where trustees might have acted differently if they had not failed to take into account a relevant circumstance (or if they had not taken into account an irrelevant one). *Sieff* (which could not overrule these earlier cases) seems to hold that, although this may be correct for trustees of pension trusts, it must be

#### Note:

(71) [1990] 1 WLR 1587, at 1624–1625.

(72) He dismissed *Cloutte v Storey* [1911] 1 Ch 18 (a case of fraud on a power, which held the appointment is void in equity) as 'problematic'.

(73) See, for example, *Gilbey v Rush* [1906] 1 Ch 11 (consent to sale based on trustees' ignorance still upheld).

(74) On the basis of *Cloutte v Storey*, above.

(75) *Lady Hood of Avalon v Mackinnon* [1909] 1 Ch 476; *Re Walton's Settlement* [1922] 2 Ch 509; *Gibbon v Mitchell* [1990] 1 WLR 1304, at 1309; *Anker-Petersen v Christensen* [2002] WTLR 313.

(76) *Underhill and Hayton*, at pp 697–698, adheres to the distinction. But see *Anker-Petersen v Christensen* [2002] WTLR 313, at para [38]; *Abacus Trust Company (Isle of Man) Ltd v NSPCC* [2001] STC 1344, at para [16].

(77) See *Abacus Trust Co (Isle of Man) v Barr* [2003] 2 WLR 1362, for example.

(78) See, for example, *Bowen v Evans* (1844) 1 Jo & Lat 178; *Wade v Dixon* (1858) 28 LJ Ch 315; *Phillips v Phillips* (1862) 4 De F&J 208; *Cave v Cave* (1880) 15 Ch D 639, at 646.

**S a g g i**

shown that the trustees of family trusts would have acted differently. It also distinguishes between cases where the trustees were under a duty to act and those in which they had a choice in the matter. Whether these distinctions are justifiable or correct remains to be seen. There are now two conflicting views on whether the principle applies only where trustees acted in breach of their fiduciary duty or whether it also applies where they have acted innocently. There are also signs that reliance is being placed on the difficult and pointless distinction between the effects and the consequences of an action. It is not clear from any of the cases whether the principle is analogous to an excessive exercise or fraudulent exercise of

a power, whether it is more akin to rescission or rectification, or whether it is entirely sui generis. This, in turn, leaves undecided the question whether an exercise which is vitiated by the principle is utterly void or merely voidable. Even if it now seems clear that the tax implications of an exercise of a power may be highly relevant, and that a failure to have proper regard to them may be sufficient to vitiate such an exercise, there is much about the principle that requires further consideration from a higher court. And when such further consideration occurs, it is suggested that it is more than likely that the scope and operation of the principle in *Hastings-Bass* will be severely restricted.

# Il ruolo del giudice nella divulgazione dei documenti del trust dopo *Schmidt v Rosewood Trust Limited*

di Edoardo Berti Riboli

SOMMARIO: § 1. Il caso *Foreman v Kingstone*. – § 2. Una nuova sfumatura del potere di supervisione del giudice.

## § 1. Il caso *Foreman v Kingstone*.

La fattispecie oggetto della sentenza presso la High Court Neozelandese di Auckland(1) concerne in via principale la disputa tra Ruth Anne, Timothy Morton, Jane Mary e David Ramsay, figli di prime nozze di Bill Foreman, ed i trustee dei tre trust cui era sottoposta una parte del patrimonio di Bill Foreman, trust che erano stati istituiti come segue:

– “JWF Foreman Trust”, trust discrezionale istituito da Bill Foreman il 26 marzo 1959, il cui scopo primario era provvedere al benessere durante la vita di sua moglie Mary Irene ed ogni futura moglie. Nella classe dei beneficiari discrezionali erano compresi i figli naturali nati dal matrimonio che, al tempo della istituzione, erano Ruth Anne, Timothy Morton e Jane Mary, unitamente alle mogli dei figli del disponente ed ai nipoti. Il quarto figlio David Ramsay, non essendo ancora nato non era inizialmente compreso nella classe. I beneficiari al momento della distribuzione dei beni sarebbero stati scelti dal trustee nell'esercizio della sua assoluta discrezionalità tra i figli e nipoti viventi di Bill Foreman. Il trust venne modificato nel 1994 in particolare per quanto concerneva le disposizioni beneficiarie includendo nella classe dei beneficiari discrezionali il disponente stesso, i suoi figli e i nipoti adottivi, i coniugi dei figli e dei nipoti, inclusi gli adottivi, con il risultato che a seguito di questa espansione risultavano compresi in aggiunta nella classe dei beneficiari discrezionali, al momento della modifica, il sopra citato figlio David Ramsay, le figlie Sally Hedges e Penelope, la prima adottata e la seconda nata durante il secondo matrimonio con Mary Pat, i cinque figli di Sally Hedges, i figli Joshua e Charlotte, il primo adottato e la secon-

da nata durante il terzo matrimonio con Diane Shirley, la stessa Diane Shirley;

– “MP Foreman Trust”, trust discrezionale istituito dalla seconda moglie Mary Pat il 30 maggio 1986, ove nella classe dei beneficiari discrezionali erano compresi il marito Bill Foreman e ciascuna delle sue mogli o vedove, le figlie Penelope e Sally Hedges, i precedenti figli di Bill Foreman Ruth Anne, Timothy Morton, Jane Mary e David Ramsay, i figli e le rispettive discendenze dei sei figli beneficiari e i coniugi dei beneficiari. Venivano altresì inclusi nella classe gli enti caritatevoli della Nuova Zelanda. I beneficiari al termine del trust comprendevano Ruth Anne, Timothy Morton, Jane Mary, David Ramsay e Penelope. Nel 1996 il trustee, un collegio di cui Bill Foreman faceva parte, esercitò il suo potere discrezionale di distribuzione dell'intero patrimonio sottoposto in trust e terminò il trust;

– “Foreman Family Trust”, trust discrezionale istituito da Bill Foreman e dalla terza moglie Diane Shirley il 26 febbraio 1999, ove la classe dei beneficiari finali comprendeva i figli di Bill Foreman Ruth Anne, Timothy Morton, Jane Mary, David Ramsay, Penelope, Sally Hedges, Joshua e Charlotte, i figli del precedente matrimonio di Diane Shirley, ovvero Nicola e Amy Williams, ogni figlio nascituro o adottato da Bill Foreman e Diane Shirley. I beneficiari discrezionali erano i beneficiari finali, i rispettivi figli e le rispettive discendenze, Bill Foreman e Diane Shirley e una ampia classe di altri potenziali beneficiari. I beni del “JWF Foreman Trust” vennero trasferiti in questo trust al momento della sua istituzione. Una clausola del trust evidenziava che il dovere del tru-

### Note:

Edoardo Berti Riboli collabora presso lo Studio del Notaio Luigi Francesco Riso in Genova.

(1) *Foreman and others v Kingstone and others*, *infra*, 428.

**Saggi**

stee era di provvedere primariamente al mantenimento ed alla educazione degli infanti inclusi tra i beneficiari finali e secondariamente per il beneficio di Diane Shirley.

Mary Pat, seconda moglie di Bill Foreman, morì nel 1987, e i beneficiari residuali in base al testamento erano Ruth Anne, Timothy Morton, Jane Mary, David Ramsay, Penelope e Sally Hedges mentre beneficiario vitalizio era Bill Foreman.

Bill Foreman e Diane Shirley erano assieme ad altri soggetti, tra cui Mr. Kingstone, diversamente coinvolti nella gestione dei tre trust e dell'eredità di Mary Pat. Contro di loro nel 1996 venne iniziata da Ruth Anne, Timothy Morton, Jane Mary e David Ramsay una causa avente ad oggetto la richiesta di divulgazione dei documenti e delle informazioni che i trustee si erano rifiutati o non erano riusciti a fornire, oltre alla richiesta di conoscere quali fossero i loro diritti quali beneficiari.

In particolare gli attori chiedevano che venissero accertate le responsabilità dei trustee con riferimento ad una serie di comportamenti che loro giudicavano non appropriati, quali:

- la distribuzione a Bill Foreman del reddito derivante dall'eredità di Mary Pat;
- aver terminato il "MP Foreman Trust";
- aver trasferito i beni del "JWF Foreman Trust" nel "Foreman Family Trust".

Gli attori sottolineavano come per soddisfare le loro richieste fosse necessario che venissero rivelati una serie di documenti inerenti la gestione dei tre trust e dell'eredità di Mary Pat, come i rendiconti, le nomine dei trustee, le comunicazioni intercorse anche a livello legale, le lettere e memoranda di desideri e ogni altra comunicazione da parte dei disponenti, le operazioni in cui erano stati parte i trustee, le modifiche apportate ai trust, i dettagli delle distribuzioni effettuate, il parere contrario alla divulgazione di informazioni manifestato da Bill Foreman quale trustee dei "JWF Foreman Trust" e "MP Foreman Trust" ed i motivi che avevano supportato le decisioni dei trustee con riferimento alle vicende dei tre trust e della eredità di Mary Pat.

La richiesta degli attori oltre alla divulgazione di documenti mirava, pertanto, ad indagare anche le ragioni e l'esercizio delle scelte dei trustee.

I trustee avevano replicato che quanto a cui avevano diritto i beneficiari e che era stato loro fornito erano copie degli atti di trust e il rendiconto dell'eredità di Mary Pat.

La prima considerazione espressa dalla Corte evidenzia come i trust in oggetto fossero totalmente discrezionali e, conseguentemente, i soggetti che potevano ricevere dei benefici erano soggetti all'esercizio da parte dei trustee di un potere loro concesso ed anche la distribuzione dei beni al termine dei trust era una conseguenza del mancato esercizio da parte dei trustee del potere discrezionale di distribuire gli stessi nel corso del trust.

Ancora una volta viene ribadito e rispettato il principio secondo cui i beneficiari di un trust discrezionale rivestono una posizione di soggezione e di mera aspettativa e in particolare viene sottolineato come la loro posizione sia definibile come non definitivamente acquisita e soggetta al verificarsi di un determinato evento rappresentato dall'esercizio del potere discrezionale dei trustee(2).

La Corte nelle sue considerazioni utilizza, giustamente, quello che è diventato un precedente nel merito, ovvero il caso *Schmidt v Rosewood Trust Limited*(3) e la sua importanza nel riaffermare il ruolo delle corti ed il potere del giudice di supervisionare l'amministrazione degli atti di trust.

Lo stesso principio espresso in *Schmidt v Rosewood Trust Limited* veniva, tuttavia, interpretato in modo diverso dalle parti in causa:

- gli attori sostenevano che esistesse comunque un principio ancora più importante e risalente nel tempo che dava diritto ai beneficiari alla divulgazione di quanto definivano come una categoria di documenti di primaria rilevanza per il trust, quale conseguenza del dovere del trustee di rendere conto agli stessi dell'amministrazione dei beni e delle informazioni inerenti(4);

**Note:**

(2) V. B. Garner, *Black's Law Dictionary*, VII ed., St. Paul (MN), 1999 e D. Greenberg – A. Milbrook, *Stroud's Judicial Dictionary of Words and Phrases*, VI ed., Londra, 2000 e la definizione in essi contenuta di *contingent interest*.

(3) *Schmidt v Rosewood Trust Limited* [2003] 3 All ER 76, [2003] 2 WLR 1442; in questa Rivista, 2003, 586.

(4) In particolare il riferimento è ad *Armitage v Nurse* [1998] Ch 241, nel passaggio a p. 253 s., [1997] 2 All ER 705, nel passaggio di cui a p. 713, ove il giudice Millet sottolinea come l'assenza di diritti da esercitare contro i trustee manifesti l'inesistenza del trust.

Gli attori portarono a conferma delle loro obiezioni il passaggio di *Schmidt v Rosewood Trust Limited* ove, citando il pensiero del giudice Powell in *Spellson v Gorge* (1987) 11 NSWLR 300, ed in particolare le sue considerazioni di cui ai passaggi di p. 315 s., veniva evidenziata l'obbligazione del trustee di dover rendere conto della sua amministrazione ai soggetti che possono trarre un beneficio dai beni oggetto della sua gestione.

(segue)



– contrariamente la difesa notava come non esistessero diritti da parte di alcun beneficiario a ricevere informazioni riguardanti il trust e gli stessi trustee erano in un certo senso soggetti al giudizio della corte(5).

Nel richiamare *Schmidt v Rosewood Trust Limited*, la Corte focalizza la sua attenzione sulle argomentazioni che erano state espresse circa la natura proprietaria o meno del diritto all'informazione dei beneficiari, le relative decisioni di merito e la posizione dei beneficiari di un trust discrezionale, notando come tale decisione fosse stata basata su precedenti giudizi che analizzavano il ruolo e le obbligazioni del trustee e deducevano conseguentemente i diritti dei beneficiari. Il risultato di tale analisi era la conferma della fondamentale obbligazione del trustee di rendere conto della sua amministrazione ai beneficiari(6).

Ad avviso della Corte in quella decisione non veniva riconosciuta l'esistenza di una categoria di documenti di primaria rilevanza per il trust che appartengono ai beneficiari e ad essi devono essere rivelati, ma veniva affermato il potere di valutazione nel singolo caso da parte della corte, la quale nella sua analisi deve bilanciare i differenti interessi dei beneficiari, dei trustee e dei terzi e conseguentemente ordinare la divulgazione o meno di quanto richiesto.

Nel soffermare la sua attenzione sulla nozione di documenti del trust la Corte richiama un altro principio costituito dal dovere del trustee di informare i beneficiari dei loro diritti, principio che dal punto di vista pratico potrebbe rivelarsi utile a livello fiscale o per risolvere eventuali conflitti di giurisdizione, ma da cui non consegue assolutamente che i beneficiari possano vantare una azione forte e mirata a verificare la condotta appropriata o meno del trustee(7).

La Corte osserva, inoltre, come all'interno della categoria dei beneficiari le rispettive posizioni possano essere diversamente trattate e nel suo ragionamento porta come esempio il "MP Foreman Trust" in cui alcuni beneficiari erano indicati specificamente per nome mentre altri genericamente compresi all'interno della ampia classe degli enti caritatevoli in Nuova Zelanda; a suo giudizio una richiesta da parte di un qualsiasi ente facente parte di questa ultima classe potrebbe essere tenuta in differente considerazione da parte della Corte e dei trustee rispetto ad una eguale richiesta proveniente da un beneficiario indicato per nome, ma questo non dimostrerebbe che tale soggetto abbia delle prerogative specifiche.

Un altro passo importante della sentenza consiste nel sottolineare l'autonomia del trustee nell'esercizio della sua discrezionalità e, conseguentemente, il non dovere riferire i motivi che hanno supportato le sue scelte; richiamandosi a *Schmidt v Rosewood Trust Limited* la Corte elenca una serie di fattori legati alla divulgazione dei documenti che potevano essere considerati nel suo giudizio, quali:

– la richiesta di riservatezza personale o commerciale risultante dalle circostanze o la natura della po-

**Note:**

(Continua nota 4)

Questi soggetti sono definiti come "cestui que trust" ed hanno il potere di adire la corte per far rispettare i loro diritti e la corte ha solo il dovere di accertare che gli stessi possono essere definiti come "cestui que trust" e che il trustee non ha osservato le sue obbligazioni.

Inoltre gli attori citarono un passaggio tratto da G. Dal Pont – D. Chalmers, *Equity and Trusts in Australia and New Zealand*, III ed., Sidney, 1996, p. 459 s., ove gli autori riferivano come il diritto all'informazione dei beneficiari debba essere considerato come proprietario nella sua essenza e rivolto anche agli oggetti dell'esercizio di un potere discrezionale. A supporto delle motivazioni dei loro assistiti, gli avvocati degli attori citarono tutta una serie di precedenti giurisprudenziali nella materia fra cui *Londonderry's Settlement Trust, Re Peat v Walsh* [1965] 1 Ch. 918, [1965] 2 WLR 229, [1964] 3 All ER 855, *infra*, 443, *Chaine-Nickson v Bank of Ireland* [1976] IR 393 e *Murphy v Murphy* [1999] 1 WLR 282. Le loro conclusioni furono che bisognava distinguere fra la categoria di documenti di primaria rilevanza per il trust che il trustee era obbligato a divulgare e documenti che invece non lo erano e che il trustee era libero di divulgare o meno, fermo restando che le richieste degli attori erano rivolte ai primi.

(5) Le motivazioni addotte dalla difesa, come supportate dai rispettivi legali, contro la divulgazione erano le seguenti:

- la natura dei trust coinvolgeva interessi e relazioni familiari che una mancanza di riservatezza avrebbe potuto compromettere;
- la posizione giuridica dei beneficiari era talmente soggetta all'esercizio della discrezionalità dei trustee che la possibilità di ricevere dei benefici dai trust era teorica;
- gli attori erano intenzionati a citare i trustee per aver esercitato in mala fede i loro poteri, ma al contrario era molto difficile una simile prova poiché la discrezionalità conferita ai trustee era la più ampia possibile e conseguentemente la loro autonomia decisionale non era facilmente contestabile;
- la maggior parte dei documenti richiesti inerivano l'esercizio della discrezionalità dei trustee e tali ragioni non potevano formare oggetto di divulgazione;
- gli altri beneficiari discrezionali non avevano agito contro i trustee né avevano appoggiato gli attori e questo significava che rispettavano la volontà di Bill Foreman, il quale aveva sostanzialmente dotato i trust dei suoi beni e aveva riposto nei trustee la totale ed incondizionata fiducia e per tale motivo aveva conferito loro ampia discrezionalità;
- la rivelazione dei documenti era richiesta per instaurare una serie di azioni contro altri familiari, vanificando così la ricerca ed il mantenimento di unità perseguita da Bill Foreman per i suoi familiari.

(6) In particolare la Corte ribadisce che un trust crea obbligazioni fiduciarie sul trustee che ha determinati doveri verso i beneficiari, i quali a loro volta hanno determinati diritti. Questo è, ad avviso della Corte, il punto di partenza ed un principio fondamentale e sarebbe assurdo diminuirlo o strumentalizzarlo.

(7) Nelle sue considerazioni la Corte richiama vari passaggi tratti da H. Ford – W.A. Lee – M. Bryan – P. Mc Dermott, *Principles of the Law of Trusts*, III ed., Sidney, 1996.

**Saggi**

sizione giuridica del soggetto che richiede le informazioni;

- le conseguenze che avrebbe la divulgazione su trustee, beneficiari e terzi;
- la possibilità di fornire, eventualmente in forma ridotta, i documenti richiesti o parte degli stessi;
- ragioni di sicurezza;
- la creazione di situazioni di contrasto nelle vicende familiari coinvolte e nei rapporti fra trustee e beneficiari.

In conclusione la Corte esprime le sue osservazioni finali su tre distinti piani.

Il primo è il piano della riservatezza come atteggiamento invocato dalla difesa e come la stessa era stata richiesta e manifestata da Bill Foreman, soprattutto con riguardo alle sue situazioni personali e finanziarie, situazioni rispetto alle quali i trustee potevano essere coinvolti o informati e che, a seconda del caso, dovevano essere protette. Tuttavia la Corte osserva come la ricerca di riservatezza non possa compromettere quelle che sono le obbligazioni ed i doveri del trustee una volta che il trust è stato istituito, altrimenti se il trustee non potesse essere loro soggetto verrebbe meno il concetto stesso di trust e conseguentemente, in assenza di circostanze eccezionali, la Corte ritiene, come nel caso in oggetto, che il diritto di informazione dei beneficiari non possa venire totalmente escluso.

Il secondo piano è quello dei conflitti familiari e, nuovamente, la Corte osserva come sia evidente che nell'esercizio dei poteri conferiti i trustee potevano creare delle situazioni di poca armonia fra i beneficiari che fossero stati considerati ed i beneficiari che invece fossero rimasti esclusi, ma la sua conclusione è che gli eventuali attriti generati dalla diversa considerazione ricevuta e, più in generale, i sentimenti di sospetto e di risentimento potevano allo stesso modo essere alimentati dalla mancanza di informazione.

Il terzo ed ultimo piano concerne la qualificazione della posizione giuridica degli attori che, per quanto potesse essere considerata soggetta alla massima discrezionalità possibile, non preveniva certamente gli stessi dal poter essere considerati dai trustee nell'esercizio della loro discrezionalità. Discorso differente era, ovviamente, se i trustee non li avessero scelti, ma questo potere era loro garantito e quindi legittimamente esercitabile.

La conclusione della Corte è, pertanto, che i beneficiari hanno diritto di ricevere le informazioni ri-

guardanti la gestione del trust e la contabilità del trust e questo diritto si spinge oltre quello di essere considerati dal trustee nell'esercizio della sua discrezionalità.

La Corte ribadisce che non esiste una categoria di documenti di primaria rilevanza per il trust che appartengono ai beneficiari ed agli stessi devono essere rivelati, in quanto la relativa decisione su quali informazioni e documenti rivelare spetta alla Corte nell'esercizio del suo potere di supervisione.

Inoltre viene chiaramente espresso che il diritto di ricevere informazioni non viene esteso alle ragioni ed ai motivi che hanno supportato il trustee nell'esercizio della sua discrezionalità, in quanto in tale ambito deve essere osservata e rispettata l'autonomia del trustee come conferita dalla legge e dalle clausole del trust.

La Corte, dopo aver emesso il principio, prende in considerazione singolarmente i documenti o gruppi di documenti la cui divulgazione era stata richiesta e conclude come segue:

- i rendiconti dei tre trust e dell'eredità di Mary Pat: poiché dalle risultanze del procedimento le informazioni inerenti l'eredità di Mary Pat erano state rivelate, ordina che siano divulgati i rendiconti dei tre trust;

- i motivi che avevano giustificato la decisione di modificare il "JWF Foreman Trust", le distribuzioni avvenute e la decisione di trasferire i beni nel "Foreman Family Trust": poiché la richiesta mirava ad indagare le ragioni dell'esercizio della autonomia e discrezionalità dei trustee, viene rifiutata la relativa divulgazione;

- i motivi e dettagli del termine del "MP Foreman Trust" e le persone a cui i beni in esso sottoposti erano stati distribuiti: viene ordinata la divulgazione dei relativi documenti, delle informazioni e i nomi dei soggetti a cui i beni erano stati distribuiti mentre viene rifiutata la divulgazione delle ragioni dell'esercizio della autonomia e discrezionalità del trustee nel compiere tali atti;

- le scelte effettuate dai trustee dell'eredità di Mary Pat con particolare riferimento alla decisione di distribuire i beni a Bill Foreman: essendo la richiesta mirata a scoprire i motivi che avevano spinto i trustee ad agire viene rifiutata la relativa divulgazione;

- copie delle comunicazioni fra i trustee ed i loro legali riguardo ai tre trust e all'eredità di Mary Pat: poiché la relativa decisione favorevole o meno

dipendeva dalla natura di tali documenti, la cui divulgazione avrebbe potuto rivelare i motivi dell'esercizio della autonomia e discrezionalità dei trustee, la Corte suggerisce agli attori di raggiungere un accordo con i trustee al fine di ottenere le relative informazioni ed, in mancanza, si riserva nel merito di giudicare dietro una ulteriore e specifica richiesta;

- copie degli atti di nomina di tutti i trustee dei tre trust e dell'eredità di Mary Pat: essendo documenti del trust la relativa divulgazione viene ordinata;

- dettagli circa la disposizione e le distribuzioni dei beni e del reddito dei tre trust e dell'eredità di Mary Pat: la divulgazione viene ordinata;

- l'ammontare e lo stato dei beni sottoposti nei tre trust e nell'eredità di Mary Pat: i beneficiari hanno diritto di avere i dettagli sia dell'attivo che del passivo del patrimonio e la relativa divulgazione viene ordinata;

- le operazioni in cui i tre trust e l'eredità di Mary Pat erano stati coinvolti: poiché la divulgazione avrebbe potuto rivelare i motivi che avevano spinto i trustee ad agire ed esercitare i loro poteri discrezionali, viene rifiutata la relativa divulgazione;

- i cambiamenti strutturali nei tre trust, inclusi i nomi di tutti i trustee e le date dei loro cambiamenti: i beneficiari hanno diritto di avere i relativi dettagli e la relativa divulgazione viene ordinata;

- il parere manifestato da Bill Foreman quale trustee dei "JWF Foreman Trust" e "MP Foreman Trust" che aveva spinto i trustee a rifiutare la divulgazione delle informazioni e dei documenti richiesti: poiché la divulgazione avrebbe potuto rivelare i motivi che avevano spinto i trustee ad agire, viene rifiutata la relativa divulgazione;

- lettere e memoranda di desideri e ogni altra comunicazione ai trustee da parte dei disponenti con riferimento ai tre trust: poiché la categoria in questione è molto ampia, la Corte non assume alcun tipo di provvedimento ma esprime il suo giudizio, secondo cui tali documenti dovrebbero essere considerati documenti del trust ed, in assenza di una richiesta di riservatezza degli stessi, dovrebbero essere divulgati, soprattutto in situazioni ove il trustee è dotato di una eccessiva discrezionalità che, sovente, viene bilanciata da questo tipo di documenti; la relativa decisione sulla rivelazione, anche parziale, di tali documenti viene, tuttavia, rimessa alla sensibilità dei trustee, auspicando che tengano in considerazione le indicazioni fornite dalla Corte.

## § 2. Una nuova sfumatura del potere di supervisione del giudice.

Se da un lato la sentenza *Foreman v Kingstone* conferma il ruolo della Corte di supervisore<sup>(8)</sup>, dall'altro è indicativa di come tale ruolo debba essere interpretato ed applicato.

L'atteggiamento della Corte non deve limitarsi ad un mero parere favorevole o meno alla divulgazione dei documenti e delle informazioni nel caso sottoposto al suo giudizio, bensì deve andare oltre ed analizzare l'impatto che la divulgazione di ogni singolo documento o gruppi di documenti potrebbe avere nelle situazioni coinvolte.

Un primo carattere peculiare della sentenza può essere individuato proprio in questo ulteriore aspetto del ruolo di supervisore, ruolo certamente non facile perché necessita di una estrema sensibilità nel suo esercizio.

La Corte non deve esimersi dal prendere in considerazione tutti gli aspetti del caso e guardare attraverso le singole vicende e le motivazioni come espresse dalle parti.

Nella sua valutazione deve bilanciare quelle che sono le circostanze coinvolte, ma la sua analisi deve rimanere in ogni caso imparziale. La Corte è un organo di amministrazione della giustizia e non può essere eccessivamente influenzata, né tanto meno impietosa nel suo giudizio dalle ragioni anche personali delle parti; in questa luce deve essere letto l'approccio alla richiesta della difesa verso la tutela di una riservatezza interpretata come conforme alla volontà di Bill Foreman e dallo stesso ritenuta necessaria per evitare possibili conflitti all'interno dei numerosi membri della sua famiglia.

Un secondo carattere peculiare della sentenza è l'affermazione dell'osservanza e del rispetto dell'autonomia del trustee e della sua discrezionalità come conferita dalla legge e dalle clausole del trust.

Non è dato sapere quelle che siano le ragioni che abbiano spinto i trustee ad agire nelle singole vicende dei tre trust; quello che è dato sapere è che i trustee gestivano una parte consistente del patrimonio

### Nota:

(8) Cfr. 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; C. Maurice, Trustees' reaction to beneficiaries rights to information, 11 *Trusts & trustees*, No. 4, 18 (2005); R. Pease, Disclosure of Information by Trustees, in questa Rivista, 2006, 216.

**S a g g i**

di Bill Foreman e che erano dotati di una discrezionalità assoluta e forse eccessiva ma ciò nonostante la loro autonomia ed i loro poteri dovevano essere garantiti e tutelati.

L'evoluzione nella materia procede ed ogni decisione nel merito arricchisce di un prezioso tassello il mosaico(9).

**Nota:**

(9) In particolare, e con riferimento alla recente giurisprudenza dopo *Schmidt v Rosewood Trust Limited*, si segnalano:  
– in *Crowe v Stevedoring Employees Retirement Fund* [2003] PLR 343 ove

la Corte Australiana ha ritenuto che il principio interpretativo di *Londonderry's Settlement Trust, Re Peat v Walsh* [supra, nota 4] continua ad applicarsi in Australia, e ha ordinato la divulgazione di documenti che, però, non rivelavano in alcun modo le motivazioni che avevano supportato l'operato e la discrezionalità del trustee;

– in *Countess Bathurst v Kleinwort Benson (Channel Islands) Trustees Limited and Others* GRC (2004) 38/2004, la Corte di Guernsey ha statuito che nessun beneficiario ha diritto alla divulgazione dei documenti, ma è la Corte stessa che è dotata di un potere discrezionale di ordinare, se lo ritiene in base alle circostanze, tale divulgazione.

Per una ulteriore recente decisione di merito, cfr. E. Berti Riboli, *Divulgazione dei documenti del trust a "potenziali non beneficiari"*, in questa Rivista, 2006, 223.

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, pp. 524-527.

# Concessione all'amministratore di sostegno dell'autorizzazione all'istituzione di un trust in favore di disabile

Italia – Tribunale di Genova

## Amministratore di sostegno – disabile beneficiario – trust – istituzione di trust

Tribunale di Genova, F. Mazza Galanti,  
 Giudice Tutelare, 14 marzo 2006 [P.R.]

*L'amministratore di sostegno può essere autorizzato dal Giudice Tutelare all'istituzione di un trust nell'interesse dello stesso beneficiario della procedura e del di lui figlio, anch'egli soggetto disabile.*

### Testo del Decreto

Il Giudice Tutelare

a scioglimento della riserva di cui al verbale che precede ha pronunciato il seguente provvedimento;

vista l'istanza di nomina di amministratore di sostegno a favore di F.M., nato a ... l'..., residente in ..., Via ... n. ..., proposta dalla moglie, signora P.R.;

sentiti, all'udienza del 7.3.2006, la ricorrente, lo stesso beneficiario, nonché il figlio, signor F.E., affetto da "sindrome dissociativa di innesto in soggetto cerebropatico", ed invalido civile al 100%;

dato atto che la ricorrente ha confermato la sua disponibilità ad essere nominata amministratore di sostegno del marito, soluzione condivisa anche dal figlio E., mentre il beneficiario della procedura, pur nei limiti connessi alla sua patologia, si è espresso favorevolmente nei riguardi della moglie;

vista la documentazione medica in atti da cui risulta che il signor F.M. è affetto da "malattia di Alzheimer", e che egli non risulta in grado di compiere gli atti quotidiani della vita;

ritenuto che, stante la situazione sopra precisata ricorrono in pieno i presupposti per l'applicazione del nuovo istituto dell'amministrazione di sostegno;

ritenuto, del resto, che l'istituto dell'interdizione è divenuto ormai

residuale, atteso che il nuovo art. 414 c.c. dispone che possono essere interdette le persone che versano "in condizioni di abituale infermità di mente che li rende incapaci di provvedere ai propri interessi", ma solo quando ciò "è necessario per assicurare loro adeguata protezione";

ritenuto che, trovandosi il signor F.M., convenientemente accudito dalla moglie presso la sua abitazione, non sussistono quelle esigenze di protezione che, in astratto, potrebbero rendere legittimo il ricorso all'istituto dell'interdizione;

ritenuto, ancora, che la legge n. 6/2004 si caratterizza proprio per avere affrontato "il tema dell'agire giuridico" introducendo opportunamente una "concezione relazionale della prossimità con (...) soggetti vicini", in modo da favorire la creazione di una migliore relazione con il mondo esterno, con la precisazione che la ricorrente nella sua veste di amministratore, stante il suo stretto rapporto di parentela con il beneficiario, agirà certamente nel pieno rispetto dei suoi bisogni, e delle sue aspirazioni, rivolgendosi al giudice tutelare ove ciò sia necessario ai sensi della vigente normativa;

ritenuto che le facoltà dell'amministratore di sostegno saranno meglio specificate nel prosieguo del provvedimento, con la precisazione che la signora P.R., nella sua qualità, deve intendersi fin d'ora autorizzata a istituire il trust denominato "E." (allegato al ricorso), dotando il trust anche del bene immobile indicato in ricorso (appartamento sito in ..., Via ... n. ...) per la quota di proprietà del coniuge beneficiario della presente procedura;

ritenuto, d'altra parte, che il contenuto del trust è opportunamente

volto a tutelare non solo il beneficiario (garantendogli il miglior regime di vita possibile unitamente alle cure e all'assistenza necessarie), ma anche il figlio unico E., le cui problematiche sono state sopra illustrate (obiettivo che certamente rispondeva alle aspettative del signor F.M., quando le sue migliori condizioni di salute gli consentivano una più lucida visione delle sue esigenze e di quelle del figlio);

ritenuto, in argomento, che ormai da tempo la migliore dottrina e la giurisprudenza assolutamente prevalente hanno riconosciuto la compatibilità tra il trust e il nostro ordinamento giuridico (corre l'obbligo di ricordare che la Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985, relativa alla legge applicabile al trust, è entrata in vigore in Italia il 1° gennaio 1992), e che, proprio grazie all'avvenuto riconoscimento del c.d. trust interno, questo istituto ha trovato interessanti applicazioni proprio nella materia della tutela dei soggetti deboli;

ritenuto, da ultimo, che lo stesso legislatore, con l'art. 39 novies della recentissima legge 23 febbraio 2006, n. 51 (che converte il D.L. 30 dicembre 2005, n. 303) ha introdotto nel codice civile l'art. 2645 ter, in tema di trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riguardanti anche "persone con disabilità", che fa espresso riferimento al conferimento, mediante atti in forma pubblica, di beni (immobili o mobili iscritti in pubblici registri) destinati "per la durata della vita della persona fisica beneficiaria alla realizzazione di interessi meritevoli di

### Nota:

Riproduciamo il testo del decreto dal suo originale.

**Giurisprudenza**

tutela”, riferibili appunto a soggetti disabili;

ritenuto che tale innovazione normativa configura un istituto frutto dell'autonomia privata, conformemente alla previsione di cui all'articolo 1322, secondo comma, c.c., la cui riferibilità al trust (pur non nominato) è di tutta evidenza con la conseguenza di legittimare anche per via legislativa il citato pensiero di dottrina e giurisprudenza prevalenti riguardo la compatibilità del trust con il nostro ordinamento se diretto a perseguire interessi meritevoli di tutela.

P.Q.M.

Visti gli artt. 404 e segg. c.p.c.;  
nomina

la signora P.R., nata a ..., l'..., res. in ..., Via ... n. ..., amministratore di sostegno, a tempo indeterminato, di F.M., nato a ... l'..., residente in ..., Via ... n. ...;

determina come segue l'oggetto dell'incarico: 1) assistenza personale anche per il tramite di terze persone; 2) riscossione, accredito e gestione (per quanto riguarda l'ordinaria amministrazione) della pensione e dell'indennità di accompagnamento di

spettanza del beneficiario, con facoltà di compiere in nome e per conto dello stesso tutte le pratiche, amministrative e non, volte a migliorare la sua situazione previdenziale e dunque patrimoniale; 3) sottoscrizione di qualunque documento o dichiarazione in nome e per conto del beneficiario ove questi non sia in grado di sottoscriverlo; 4) stipula, in nome e per conto del beneficiario, di qualunque negozio e/o contratto che comporti l'assunzione di obbligazioni a carico del predetto, ivi compreso l'istituzione del trust denominato "E." allegato al presente ricorso, e di tutti gli atti da esso discendenti, parte dei quali richiamati nella parte motiva del presente decreto; 5) gestione dei risparmi del beneficiario tenuto conto delle sue esigenze e di quelle relative al bene immobile di cui egli è comproprietario; 6) apertura e/o chiusura di qualunque conto corrente, con delega all'amministratore di sostegno che potrà operarvi liberamente, movimentando altresì eventuali risparmi e/o titoli, nell'ambito di una gestione ordinaria, sotto la sua responsabilità e con obbligo di rendiconto;

atti che l'amministratore può compiere in nome e per conto della

beneficiaria: tutti quelli necessari per far fronte all'oggetto dell'incarico come sopra precisato, con la precisazione che per gli atti di straordinaria amministrazione l'amministratore di sostegno dovrà essere autorizzato dal giudice tutelare;

limiti delle spese sostenibili con le risorse del beneficiario: importo della pensione e dell'eventuale indennità di accompagnamento, nonché di eventuali risparmi;

atti che il beneficiario dell'amministrazione di sostegno può compiere da solo: atti della vita quotidiana nei limiti delle sue attuali condizioni fisiche;

rendiconto annuale: a far data dal marzo 2007.

Dispone

la trasmissione del presente provvedimento all'Ufficiale di Stato civile, e la sua annotazione a cura della Cancelleria nel Registro delle Amministrazioni di sostegno.

Fissa

per il giuramento dell'amministratore di sostegno nominato il giorno ... alle ore 9.20, davanti a sé.

Efficacia immediata.

# Impossibilità di accertare la causa e rigetto della domanda di intavolazione

Italia – Tribunale di Trieste

**Trust – regime tavolare – domanda di intavolazione – mancata allegazione dell'atto istitutivo – negozio causalmente astratto – rigetto della domanda**

Tribunale di Trieste, A. Picciotto, Giudice Tavolare, 7 aprile 2006 [A. Busani]

*Deve essere negata l'iscrizione tavolare del trasferimento di un bene immobile dal disponente al trustee quando dalla domanda di intavolazione non sia possibile individuare la causa del trasferimento stesso e del programma negoziale delle parti.*

*Per apprezzare il programma negoziale il sindacato dell'autorità giudiziaria si deve concentrare sulla liceità in concreto dello strumento prescelto, con riferimento alla legge regolatrice del trust e agli effetti che il negozio è idoneo a produrre.*

## Testo del Decreto

Il giudice tavolare, letta la domanda proposta dal Notaio dott. Angelo Busani di Parma per conto di M. C. s.s., quale trustee del trust "TRUST C. S. ed E. T.", visti gli atti ed esaminata la documentazione, osserva quanto segue.

A sostegno della domanda di intavolazione del diritto di proprietà di beni immobili a nome del trustee lo stesso produce un atto pubblico di dotazione del trust, nel quale le parti stipulanti premettono di avere costituito un trust, di avere nominato trustee la ricorrente M. C. s.s., e di volere dotare, il S., il trust di un bene immobile di sua proprietà al fine di perseguire gli scopi del trust stesso, scopi enunciati in una scrittura privata registrata non prodotta. Nessuna altra pattuizione caratteristica, che consentirebbe di qualificare l'atto di trasferimento alla luce dei tipi ordinari, è contenuta nell'atto stesso, con il che si deve ritenere che la natura dell'atto sia proprio e solo quella voluta dalle parti stipulanti, ovvero un atto di dotazione di bene a vantaggio di un trust.

Ciò premesso, non può che dichiararsi la nullità dell'atto per difetto di causa tipica o atipica meritevole di tutela.

L'atto, per la mancanza di corrispettivo o di spirito di liberalità, non è qualificabile come vendita o donazione, della quale pure avrebbe la forma. È dichiaratamente definito atto di dotazione a trust, ma non dissimilmente da quanto già deciso dalla giurisprudenza di merito in sede di giudizio tavolare (Tribunale di Belluno del 25 settembre 2002, in Trusts ed Attività Fiduciarie, 2003, p. 255), si tratta di atto causalmente astratto che impedisce di apprezzare la funzione, la meritevolezza di interessi – nel senso di cui si dirà –, e la pertinenza dell'operazione rispetto al fine di trust.

Al giudice tavolare, nel doveroso controllo di legittimità formale e sostanziale che caratterizza il suo giudizio, e che gli impone l'accesso diretto e pregnante alla causa del programma negoziale (accesso di fatto impedito in questa occasione, così come avvenuto nel precedente culminato nel rigetto del ricorso tavolare, da parte del giudice tavolare di Cortina d'Ampezzo, e nel conseguente reclamo al Tribunale di Belluno, sopra citato) ai sensi dell'art. 26 della legge generale sui libri fondiari, nel testo allegato al R.D. 499/1929, viene offerto un punto di osservazione privilegiato, e per certi versi più ampio di quello del giudizio ordinario, in quanto sganciato dalla contenziosità ed immerso in un'analisi ufficiosa del programma negoziale.

Per quanto sia precisa convinzione di questo giudice che l'art. 12 della Convenzione de L'Aja del 1.7.1985 operi direttamente nel tessuto normativo

interno, consentendo la trascrizione dell'atto di trasferimento della proprietà immobiliare ad un trustee, tuttavia questo risultato deve essere verificato in concreto, per saggiare il rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico italiano: ciò sia con riguardo alla dimensione di tipicità del diritto di proprietà in capo al trustee, sia quanto alla trascrivibilità dell'acquisto. Ma per passare all'analisi delle questioni in fatto ed in diritto, occorrerebbe potere apprezzare il programma negoziale, anche al fine di esprimere il proprio giudizio di apprezzamento causale e di meritevolezza.

Già altrove si è sostenuto (decreto del giudice tavolare del Tribunale di Trieste dd. 23.9.2005, sub g.n. 10804/05 (in questa Rivista, 2006, 83 [n.d.r.])) che, quanto all'individuazione dei parametri per l'apprezzamento del programma negoziale, il giudizio di meritevolezza andrebbe confinato nel mero esame della non contrarietà del negozio alle norme imperative, all'ordine pubblico ed al buon costume. È questa una delle più condivisibili chiavi di lettura per spiegare la mancanza di consapevoli apporti giurisprudenziali all'analisi della norma, una volta abbandonato quel criterio dell'"utilità sociale" che, nella relazione al codice civile, aveva giustificato la pur contestata adozione della norma. Il perseguimento dei valori costituzionali è compito riservato allo Stato, e non ai privati, ed i principi sovraordinati fungono, riguardo all'autonomia contrattuale, quali limitazioni inderogabili, più che come finalità che i

## Nota:

Riproduciamo il testo del decreto dal suo originale.

**Giurisprudenza**

contraenti debbano prefiggersi. Se quindi il *trust*, come tanti altri negozi di importazione extranazionale, non è di per sé ed in termini assoluti uno strumento idoneo a determinare squilibri “macro-economici”, rimanendo sostanzialmente irrilevante in un’ottica di utilità sociale, allora coerenza vuole che il sindacato dell’autorità giudiziaria debba concentrarsi – abbandonando i “massimi sistemi” – sulla liceità in concreto dello strumento prescelto, 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 tavolo e di cui sopra si è detto, non ci si può 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, altrimenti rimanendosi all’interno del fenomeno del negozio misto, del collegamento negoziale, della frantumazione e ricomposizione negoziale. Che si tratti di una valutazione simile se non uguale a quella imposta dall’art. 1323 cod. civ. sulla liceità della causa, o se ne diverga qualitativamente o quantitativamente, è una questione per la cui soluzione si può fare rinvio alla dottrina che anche recentemente ne ha offerto un’attenta analisi.

Questa indagine e questo esame sono – nel caso che ne occupa – preclusi al giudice, a causa della mancata produzione nella domanda dell’atto istitutivo di *trust*, rimanendo impossibile saggiare come l’effetto patrimoniale segregativo, il quale immanabilmente caratterizza il *trust*, sia stato caratterizzato nella fattispecie negoziale creata dai contraenti, e come il *trust* sia regolato dalla legge applicabile, di cui si ignora finanche la nazionalità. Il giudice non può quindi analizzare se la legge prescelta dalle parti per la regolamentazione del *trust* sia contraria all’ordinamento giuridico italiano, o sia utilizzata dalle parti per attuare una frode alla legge nazionale; né può verificare se l’iniziativa economica sia in concreto legittima, ovvero se sussistano “elementi indicativi di un abuso ... nel singolo caso concreto”, senza arrestarsi ad “una valutazione generale ed astratta” (queste

espressioni sono utilizzate da organi giudiziari comunitari).

La specifica qualificazione dell’atto, voluta dalle parti, impedisce anche di esaminare la possibilità di qualificare lo stesso alla luce della recente normativa introdotta dal decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 273, ossia dell’art. 2645-ter c.p.c.. Ma si ritiene che, quand’anche la qualificazione fortemente espressa dalle parti (che lascia invece individuare senza dubbio nell’atto una dotazione di *trust*) fosse ambigua, e consentisse al giudice, nel suo potere-dovere di qualificare la domanda stessa, non sarebbe possibile fare uso alcuno di questa anomala disposizione normativa.

La norma, sulla cui interpretazione non è possibile qui soffermarsi, viene ad introdurre nell’ordinamento solo un particolare tipo di effetto negoziale, quello di destinazione (che per i beni immobili e mobili registrati postula il veicolo formale dell’atto pubblico), accessorio rispetto agli altri effetti di un negozio tipico o atipico cui può accompagnarsi (che nel caso di specie manca, come scritto). Con essa, si opina, non si è voluto introdurre nell’ordinamento un nuovo tipo di atto ad effetti reali, un atto innominato, che diventerebbe il varco per l’ingresso del tanto discusso negozio traslativo atipico; non costituisce la giustificazione legislativa di un nuovo negozio la cui causa sarebbe quella finalistica della destinazione del bene alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela. Non c’è infatti alcun indizio da cui desumere che sia stata coniata una nuova figura negoziale, di cui non si sa neanche se sia unilaterale o bilaterale, a titolo oneroso o gratuito, ad effetti traslativi od obbligatori.

Essa rappresenta poi una chiara anomalia nel sistema, se è vero che mentre la costituzione di un *trust* interno merita un giudizio positivo di liceità mercè il semplice rispetto della Convenzione e del disposto dell’articolo 16 della legge 218 del 1995 (limite dell’ordine pubblico), invece il cittadino italiano che volesse raggiungere lo scopo di vincolare determinati beni per un certo fine ai sensi dell’art. 2645-ter cod. civ. dovrebbe sperare nell’esito positivo del vago giudizio di meritevolezza dell’interesse.

Anche il regime della opponibilità

del vincolo di destinazione, ed in particolare la funzione della trascrizione o della iscrizione tavolo, appare del tutto ambiguo nel caso di specie: essa sarebbe, secondo la lettera della norma, quella di “rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione”, ma, stante la collocazione della norma, non è ad essa applicabile il disposto dell’art. 2644 cod. civ., il quale solo con riferimento agli atti enunciati nel precedente articolo 2643 cod. civ. stabilisce che gli stessi non hanno effetto riguardo ai terzi che, a qualunque titolo, abbiano acquistato diritti sugli immobili in base ad un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione degli atti medesimi.

Si rammenta inoltre che, laddove il legislatore ha voluto prevedere una nuova figura di trascrizione, per collegare ad essa gli effetti e superare il problema dell’originaria estraneità ad un sistema ormai chiuso (come quello codicistico), l’ha fatto espressamente, come è accaduto, oltre che nel disciplinare il fondo patrimoniale, anche nell’articolo 2645-bis, il cui secondo comma stabilisce testualmente quale sia la valenza della trascrizione del contratto preliminare, nei riguardi delle altre trascrizione eseguite contro il promettente alienante. Se fosse corretta l’interpretazione – che qui si nega – secondo cui la norma costituirebbe previsione di un modello di negozio, allora l’operatore dovrebbe subito notare come il piano di efficacia sostanziale di questo vincolo rimanga tutto da ricostruire.

Per tutte queste ragioni, in difetto di un’apprezzabilità del programma negoziale, in costanza dell’apparente astrazione causale assoluta dell’atto dal quale si intende far promanare un effetto reale tipico, e nell’impossibilità di qualsiasi interpretazione conservativa, anche con riguardo alla norma di cui all’art. 2645-ter cod. civ., si deve negare pubblicità sotto forma di iscrizione tavolo all’atto o al diritto trasferito.

p.q.m.

dispone l’annotazione del rigetto presso la P.T. 1966 di Aurisina.



# Annotazione di un trust auto-dichiarato nel registro tavolare

Italia – Tribunale di Trento

①

## Trust auto-dichiarato – registro tavolare – annotazione – autorizzazione del Giudice Tavolare

Tribunale di Trento, Sezione Distaccata di Cles, F. Todisco, Giudice Tavolare, 25 gennaio 2006 [D. Narciso]

*Può essere ordinata l'annotazione nel registro tavolare del vincolo di trust in un caso di trust auto-dichiarato.*

### Testo del Decreto

Il Giudice Tavolare del Tribunale di Trento sezione distaccata di Cles letta la domanda presentata dal notaio dott. Donato Narciso per conto del signor ... nato a ... il ...

– visto l'atto contenente istituzione di trust e sottoposizione e vincolo nel trust di beni immobili dd. 29.11.2005 in corso di registrazione;

- visto il *lustrum* del Conservatore;
- vista la legge tavolare;

Ordina

In P.T. 99 (p.fond. 795-797) ... a carico della quota di 4/8 di ..., l'annotazione della costituzione in trust ai sensi dell'art. 11 della L. 368/89 e dell'atto istitutivo del trust “...” dd. 29.11.2005.

Notifiche:

- 1) Notaio Donato Narciso – Via A. Spagolla n. 7 – Borgo Valsugana –
- 2) Agenzia delle Entrate di Borgo Valsugana.

Si chiede

(*omissis*)

l'intavolazione del diritto di proprietà per:

I. V. nato a ... il ..., Codice Fiscale ...;

Notifiche:

- 1) Donato Narciso di Borgo Valsugana, Via Spagolla, 7

2) Ufficio del Catasto di Borgo Valsugana.

3) Agenzia delle Entrate di Borgo Valsugana.

In base a:

Atto contenente istituzione di trust e sottoposizione e vincolo nel trust di beni immobili dd. 29 novembre 2005 a rogito Notaio dr. Donato Narciso di Borgo Valsugana, Rep. n. ..., in corso di registrazione perché nei termini; espone quanto segue:

con legge dd. 16 ottobre 1989 n. 364 è stata ratificata dallo Stato Italiano la Convenzione dell'Aja dell'1 luglio 1985 che ha riconosciuto l'istituto del Trust.

La giurisprudenza italiana e il sistema si è già più volte espresso per la legittimità dell'istituto del Trust, si vedano i Decreti Tavolari del Tribunale di Trento, Sezione distaccata di Cavalese di data 20 luglio 2004, di Cles di data 07 aprile 2005, del Tribunale di Trieste di data 23 settembre 2005.

Le ricordate pronunce hanno riconosciuto la legittimità dell'annotazione del Trust nel sistema tavolare associandosi alle altre pronunce che ne hanno riconosciuto la legittimità nel sistema della trascrizione.

Con specifico riferimento alla tecnica tavolare di annotazione l'art. 12 della Legge 364/89 ha introdotto nel nostro ordinamento una nuova fattispecie pubblicizzabile allo scopo di dare pubblicità all'effetto segregativo del Trust non ravvisando alcuna incompatibilità con le prescrizioni previste dall'Art. 20 lettera h della legge tavolare.

Tale norma costituisce, essa sola, la fonte normativa di riferimento in quanto l'atto di ratifica della convenzione ha comportato di per sé l'acquisizione nel sistema sostanziale di un'altra espressa previsione di trascrizione consentita.

Il ragionamento, rapportato sul piano del sistema tavolare, non può portare a differente soluzione: va infatti ricordato che la dottrina più accreditata ha correttamente rilevato come reale portata del limite prescritto dall'art 12 del Regio Decreto 28 marzo 1929 n. 499, secondo cui non sono applicabili nei territori di diritto tavolare le norme del codice civile e delle altre leggi a tale sistema incompatibili, risulta chiaramente dalla lettura della norma di chiusura prevista dal secondo comma del medesimo articolo, ai sensi del quale “tutti i richiami di legge o decreti a trascrizioni o annotazioni nei registri immobiliari si intendono riferiti alle corrispondenti intavolazioni, iscrizioni o annotazioni previste dalla Legge sui Libri Fondiari in quanto non vi osti la diversa natura delle iscrizioni”.

### Nota:

Riproduciamo il testo del decreto dal suo originale.

Qui di seguito riportiamo il testo dell'istanza presentata al Giudice Tavolare.

Istanza Tavolare

All'Ufficio Tavolare di Cles

Istante: I. V. nato a ... il ..., residente a ..., ..., ..., Codice Fiscale ..., a mezzo Notaio dr. Donato Narciso di Borgo Valsugana.

Istanziati: ... stesso ...

②

**Trust auto-dichiarato – registro tavolare – annotazione – autorizzazione del Giudice Tavolare**

**Tribunale di Rovereto, M. Cuccaro,  
Giudice Tavolare, 28 ottobre 2005 [G.  
Falqui-Massidda]**

*Può essere ordinata l'annotazione nel  
registro tavolare del vincolo di trust in un  
caso di trust auto-dichiarato.*

**Testo del Decreto**

Letta la domanda presentata  
all'Ufficio del Libro fondiario di Rovereto  
dal dott. Guido Falqui-Massidda, Notaio  
in Rovereto;

a favore di  
..., nato a ... il ...; res. in ..., Via ...;  
... nata a ... il ...; res. in ..., Via ...;  
contro  
..., nato a ... il ...; res. in ..., Via ...,  
visto

– l'atto di compravendita d.d. 30  
luglio 2004, nr. di rep. ..., dott. Guido  
Falqui-Massidda, Notaio con sede in  
Rovereto, registrata a Rovereto il 4 agosto  
2004, al n. ..., Serie ..., atti privati, esatti  
Euro 132,83;

– la determinazione del Dirigente  
della Soprintendenza per i Beni  
Architettonici della Provincia  
Autonoma di Trento, d.d. 11 ottobre  
2004, nr. ...;

– l'avveramento di condizione  
presentato all'Agenzia delle Entrate di  
Rovereto in data 18 ottobre 2004;

visto il *Lustrum* del Conservatore;  
visto che lo stato tavolare concorda;  
vista la legge tavolare;  
ordina  
in C.C. Rovereto, P.T. ... (p. ed. ...),  
p. m. ...:

1) l'intavolazione del diritto di  
proprietà per:

..., nato a ..., il ...;

2) l'annotazione della costituzione IN  
TRUST, ai sensi dell'art. 11 della L.  
364/89 e dell'atto d.d. 30.70.2004;

3) l'intavolazione del diritto di  
usufrutto per:

..., nata a ..., il ...

Notifiche;

1) ... via ...;

2) Agenzia delle Entrate I° Area –  
Rovereto.

**Nota:**

Riproduciamo il testo del decreto dal suo ori-  
ginale.

# Inopponibilità del segreto fiduciario nelle cause matrimoniali

Italia – Tribunale di Reggio Emilia

**Società fiduciaria – procedimento per la separazione dei coniugi – indagini della Guardia di Finanza – segreto fiduciario – inopponibilità**

**Tribunale di Reggio Emilia, G. Fanticini, 27 marzo 2006 [Y. c. X.]**

*Una società fiduciaria non può validamente opporre il segreto fiduciario alle indagini che si rendano necessarie alla Guardia di Finanza onde ottenere le informazioni utili nell'ambito di un procedimento per la separazione dei coniugi.*

## Testo dell'Ordinanza

Il Giudice Istruttore della causa N. -----/2002 R.G. promossa da Y. nei confronti di X. con l'intervento del Pubblico Ministero, esaminata la documentazione in atti, vista la nota della Guardia di Finanza del 17/3/2006, a scioglimento della riserva formulata all'udienza del 22/3/2006, osserva quanto segue.

La Fiduciaria ... S.p.A. ha comunicato alla Guardia di Finanza di non poter fornire alcuna informazione in ordine ai rapporti intrattenuti da Y., Tizia, Alfa S.r.l., Beta S.r.l., Gamma S.r.l. e Delta S.r.l. con la predetta società fiduciaria adducendo "l'obbligo di riservatezza assunto ai sensi della Legge n. 1966 del 23 novembre 1939, che regola l'attività delle società fiduciarie".

In realtà, stando al tenore letterale delle disposizioni, la Legge 23 novembre 1939 n. 1966 non prevede alcun "segreto fiduciario" (rappresentato, per definizione, dall'identità del fiduciante, le cui aspettative di protezione si basano esclusivamente sulla convinzione che la propria identità non possa essere oggetto di disclosure da parte della società fiduciaria). Difatti, questo si desume solo in via indiretta, attraverso l'esame del corpus legislativo che si occupa del fenomeno, rappresentato, oltre che dalla fondamentale legge 1966/1939, dall'art. 1 del R.D. 29 marzo 1942 n. 239 e dalle altre normative che disciplinano peculiari modalità di accesso alle informazioni

detenute dalle società fiduciarie e specifici obblighi di comunicazione da parte di queste ultime (art. 9 Legge 1745/1962, art. 32 D.P.R. 600/1973, art. 4-bis Legge 216/1974, art. 3 D.L. 26/1979 convertito con la Legge 95/1979, art. 6 Legge 576/1982, art. 1 Legge 936/1982, art. 10 Legge 281/1985, art. 2 D.L. 233/1986, art. 13 Legge 223/1990, art. 13 Legge 20/1991, art. 21 e 110 D.Lgs. 385/1993, artt. 29 e 60 D.Lgs. 415/1996, art. 17 e 115 D.Lgs. 58/1998, art. 83 D.Lgs. 270/1999, artt. 69 e 71 D.Lgs. 209/2005); poiché varie disposizioni ne disciplinano la deroga, indirettamente è confermata la sussistenza del segreto, di cui l'ordinamento dà una sorta di "definizione in negativo".

Anche la prevalente giurisprudenza ha riconosciuto l'esistenza di un "segreto fiduciario" (Cass. 14 ottobre 1997 n. 10031, Corte d'Appello di Trieste – 15 gennaio 2004, Tribunale di Catania – ord. 7 luglio 2003; sotto forma di parere fornito all'Agenzia delle Entrate, Consiglio di Stato – parere 1 luglio 2003 n. 2345; *contra* Trib. Pordenone – 9 gennaio 2001, riformata dalla citata pronuncia della Corte d'Appello di Trieste).

Ciò posto, occorre verificare se il segreto fiduciario può essere opposto alla Guardia di Finanza (che opera con le forme previste dall'art. 32 D.P.R. 600/1973) e/o superato attraverso le "indagini" di polizia tributaria disposte nel corso della causa di divorzio (art. 5 Legge 898/1970 e successive modificazioni) o l'"accertamento" di polizia tributaria previsto dal novellato art. 155 cod. proc. civ. (norma prevista per il procedimento di separazione personale, ma applicabile "anche in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio" in forza dell'art. 4 comma 2° Legge 54/2006, legge che trova applicazione nelle cause pendenti alla sua entrata in vigore).

Sull'opponibilità del segreto all'Amministrazione Finanziaria si era già autorevolmente espresso, in senso negativo, il Consiglio di Stato col parere dell'1 luglio 2003 n. 2345, il quale aveva esplicitamente escluso anche "sotto il profilo costituzionale, l'esistenza di una "zona franca", sottratta ad eventuali acquisizioni di dati ed elementi valutativi, da parte degli uffici fiscali".

Con specifico riferimento all'art. 32 D.P.R. 600/1973 (modificato dalla Legge 311/2004), si osserva che la disposizione – al n. 7) – ha esteso e chiarito i poteri d'indagine nei confronti delle società fiduciarie (sia di gestione "statica" sia di gestione "dinamica") consentendo espressamente di richiedere la comunicazione:

a) di "dati, notizie e documenti relativi a qualsiasi rapporto intrattenuto od operazione effettuata, ivi compresi i servizi prestati, con i loro clienti, nonché alle garanzie prestate da terzi",

b) delle "generalità dei soggetti per conto dei quali esse hanno detenuto o amministrato o gestito beni, strumenti finanziari e partecipazioni in imprese, inequivocamente individuati", "specificando i periodi temporali di interesse".

Nel contempo, la norma ha introdotto particolari cautele che l'Amministrazione finanziaria deve adottare per procedere agli accertamenti previsti dal n. 7. Difatti: occorre una preventiva autorizzazione del "direttore centrale dell'accertamento dell'Agenzia delle Entrate o del Direttore Regionale della stessa, ovvero, per il Corpo della Guardia di Finanza, del Comandante Regionale"; il termine concesso per

## Nota:

Riproduciamo il testo dell'ordinanza dal suo originale.

**Giurisprudenza**

l'adempimento non può essere inferiore a 30 giorni; sono stabilite dalla normazione secondaria peculiari modalità di trasmissione delle richieste e delle risposte.

Le disposizioni sopra richiamate rendono evidente che il segreto fiduciario cede (o, quantomeno, è derogato) di fronte alle esigenze pubblicistiche dell'accertamento tributario.

Il primo periodo non lascia spazio ad interpretazioni: consente all'Amministrazione Finanziaria di risalire, dietro indicazione delle generalità del soggetto interessato dall'accertamento, alle operazioni – anche fiduciarie – da questo concluse; a questo potere corrisponde il dovere delle società fiduciarie di rendere trasparenti le operazioni che il cliente ha concluso attraverso lo schermo fiduciario.

Quanto al secondo periodo della disposizione, la collocazione della locuzione “inequivocamente individuati” è stata interpretata nel senso che la stessa possa riferirsi alternativamente ai “soggetti” o ai “beni, strumenti finanziari e partecipazioni in imprese” oppure che debba riferirsi a entrambi. Conformemente a quanto sostenuto dalla prevalente dottrina, è da escludersi che la locuzione si riferisca solo ai “soggetti”, perché una siffatta interpretazione renderebbe la norma perfettamente inutile e sovrabbondante rispetto a quella contenuta nel primo periodo. L'impostazione che conseguentemente appare più logica e razionale è che la locuzione in questione si riferisca sia al soggetto che ai beni (la stessa collocazione della norma e l'utilizzo dell'intercalare “tra l'altro” depongono per questa tesi; inoltre si pone come norma speciale e complementare rispetto al disposto contenuto nel primo periodo e rivolto alla generalità degli operatori finanziari). Così interpretato, il menzionato art. 32 permette all'Amministrazione Finanziaria di risalire dall'oggetto intestato al soggetto accertato (o accertabile) derogando alla riservatezza fiduciaria, ma a condizione, da un lato, che l'oggetto dell'indagine sia individuato con precisione, con specifica indicazione sia del bene intestato fiduciarmente che del periodo temporale di interesse per l'indagine e, dall'altro, che sia precisato il collegamento fra l'intestazione fiduciaria e l'attività d'indagine svolta nei confronti

dei soggetti sottoposti o sottoponibili ad accertamento.

Riguardo alla possibilità/necessità di operare tramite le forme dell'art. 32 D.P.R. 600/1973, la relazione tra il Giudice che ha disposto le indagini e la Polizia Tributaria a queste deputata potrebbe essere inquadrata nel fenomeno della “delegazione intersoggettiva ad efficacia esterna di diritto pubblico” (relazione di diritto pubblico in cui la forma degli atti deve corrispondere a quella propria del delegato, e non già del delegante): secondo l'assunto precedente, la Guardia di Finanza, anche nelle fattispecie in cui opera quale ausiliario del Giudice, deve agire conformemente alle regole ordinarie previste per la sua attività “ordinaria”.

Conseguentemente, la Polizia Tributaria dovrebbe avvalersi degli strumenti previsti dal D.P.R. 600/1973 per ottenere le informazioni richieste in questa causa; tuttavia, anche se fosse plausibile una simile configurazione dei rapporti tra il Giudice del divorzio (o della separazione) e la Guardia di Finanza (tesi smentita dalle considerazioni successivamente svolte), l'art. 32 D.P.R. 600/1973 deve essere “adattato” alle particolarità del controllo delegato dall'Autorità Giudiziaria): nel caso non si può pretendere, infatti, la previa autorizzazione del Comandante Regionale della Guardia di Finanza che si rende superflua stante l'esplicita delega del Giudice (certo non potrebbe il Comandante Regionale negare l'autorizzazione).

Il corollario dei principi ora esposti è il seguente: anche in assenza della preventiva autorizzazione del Comandante Regionale, la Guardia di Finanza ha il potere di ottenere – come previsto dall'art. 32 n. 7) D.P.R. 600/1973 dalla Fiduciaria ...:

– dati, notizie e documenti relativi a qualsiasi rapporto intrattenuto od operazione effettuata, ivi compresi i servizi prestati e le garanzie prestate da terzi, relativi a Y., Tizia, Alfa S.r.l., Beta S.r.l., Gamma S.r.l., Delta S.r.l.

– la comunicazione delle generalità dei soggetti (se questi coincidono con Y. o Tizia o Alfa S.r.l. o Beta S.r.l. o Gamma S.r.l.) per conto dei quali la predetta società ha detenuto o amministrato o gestito le partecipazioni nella Delta S.r.l. (riguardo a questa informazione pare addirittura che non si possa configurare il

segreto fiduciario visto il disposto dell'ultimo comma dell'art. 1 del R.D. 29 marzo 1942 n. 239).

Già in base all'art. 32 D.P.R. 600/1973, pertanto, il segreto fiduciario non poteva essere opposto.

Ma non basta: sia l'art. 5 Legge 898/1970, sia l'art. 155 cod. proc. civ. attribuiscono al Giudice del divorzio o della separazione il potere di ottenere dalla società fiduciaria una completa disclosure riguardo alle generalità del fiduciante e ai beni fiduciarmente intestati, senza prevedere alcuna limitazione (nemmeno in analogia con i limiti che il D.P.R. 600/1973 ha imposto all'Erario).

La prima delle disposizioni citate consente al Tribunale di disporre “indagini sui redditi, sui patrimoni e sull'effettivo tenore di vita, valendosi, se del caso, anche della polizia tributaria” (art. 5 Legge 898/1970 e successive modificazioni). È bene precisare che le indagini di polizia tributaria non sono un mezzo di prova necessariamente riservato al Collegio, come dimostra anche l'art. 3 della Legge 154/2001 che attribuisce anche al Giudice monocratico il potere di disporre; peraltro, sono state da tempo eliminate le norme – ancora vigenti all'epoca della Legge 74/1987, che ha modificato l'art. 5 della Legge 898/1970 – che imponevano di rimettere al Tribunale in composizione collegiale la decisione su alcuni mezzi istruttori e quelle che prevedevano la possibilità di reclamare l'ordinanza istruttoria innanzi al Collegio (oggi, salve le ipotesi disciplinate dagli art. 279 e 281 c.p.c., nel rito ordinario è il Giudice Istruttore che ammette e dispone i mezzi di prova).

La giurisprudenza aveva già interpretato l'art. 5 Legge 898/1970 nel senso che le indagini potevano essere estese anche a terzi. La Legge 54/2006 (che ha modificato l'ultimo comma dell'art. 155 cod. proc. civ. stabilendo: “Ove le informazioni di carattere economico fornite dai genitori non risultino sufficientemente documentate, il giudice dispone un accertamento della polizia tributaria sui redditi e sui beni oggetto della contestazione, anche se intestati a soggetti diversi”) ha confermato l'orientamento giurisprudenziale.

La recente disciplina legislativa costituisce norma successiva e speciale rispetto a tutte le disposizioni dalle quali

si desume il segreto fiduciario che, pertanto, sono (quantomeno) derogate nelle controversie "di diritto di famiglia".

Peraltro, proprio da tali normative si evince che il c.d. "segreto fiduciario" deve essere considerato un "segreto privato" (inteso come obbligo di non divulgare ad altri una determinata notizia) il quale, tuttavia, cede (o deve essere attenuato) di fronte ad esigenze pubblicistiche che presiedono ad interessi di rango costituzionale più elevato rispetto alla tutela della riservatezza, della libertà di iniziativa economica e del patrimonio (ad esempio, riguarda la salvaguardia del principio di libera concorrenza – sancito dall'art. 85 del Trattato che istituisce la Comunità Economica Europea – la decisione della Commissione n. 79/253/CEE del 31 gennaio 1979 con la quale è stata disposta la soggezione di una fiduciaria ad una visita di accertamento).

Alla protezione di beni giuridici di elevatissimo grado (artt. 30 e 31 della Costituzione) mirano le indagini sui patrimoni che il Giudice, nelle cause di separazione/divorzio, può disporre, anche d'ufficio (nell'interesse materiale della prole) e anche nei confronti dei terzi.

Nel caso, ricorrono tutti i presupposti per disporre le indagini presso la Fiduciaria ...:

– le informazioni fornite da Y. risultano lacunose e poco credibili (in proposito si richiama il contenuto dell'ordinanza del 14/1/2005);

– lo stesso Y., nel corso dell'interrogatorio libero del 22/3/2006, ha rifiutato di rispondere ad una precisa domanda sui suoi rapporti con Fiduciaria ...;

– il teste Caio non è stato in grado di ricordare la persona fisica che ha partecipato alle assemblee della Delta S.r.l. per conto del socio Fiduciaria ...;

– secondo quanto emerso dall'informativa della Guardia di Finanza e dalle dichiarazioni del teste Caio, la Delta S.r.l., che è amministrata da un professionista (socio all'1%) e vede una consistente partecipazione di Fiduciaria ... (99% del capitale sociale), ha compiuto solo quattro operazioni, tutte riguardanti l'acquisto di beni di Y.;

– la controparte ha contestato la veridicità delle affermazioni e delle dichiarazioni dei redditi di YYYXXX producendo numerosi documenti;

– la decisione del Tribunale concerne i "provvedimenti riguardo ai figli" (art.

155 cod. proc. civ.), dato che la X. ha avanzato domanda per ottenere da Y. un contributo al mantenimento di Figlia (maggiorrenne ma non economicamente indipendente) e Figlio (minorenne).

Oltre che in forza del D.P.R. 600/1973, a maggior ragione alla luce delle disposizioni sopra richiamate (art. 5 Legge 898/1970 e art. 155 cod. proc. civ. che non pongono limitazioni di sorta ai poteri istruttori), si ritiene che la Fiduciaria ... non possa validamente opporre il segreto fiduciario a questo Giudice Istruttore, né di conseguenza alla Guardia di Finanza che opera quale suo delegato e – con la delega – è investita dei medesimi poteri del delegante (non si tratta perciò di delegazione intersoggettiva ad efficacia esterna di diritto pubblico, perché, quando il legislatore ha voluto che la Polizia Tributaria – nell'espletamento di compiti ulteriori rispetto a quelli "originari" – si avvallesse dei propri poteri istruttori impiegando le medesime modalità e soggiacendo agli stessi limiti di questi, lo ha espressamente previsto: cfr. art. 2 comma 4° D.Lgs. 68/2001).

Conseguentemente, si dispone che la Guardia di Finanza provveda a comunicare la presente ordinanza a Fiduciaria ... S.p.A., a richiedere le informazioni indicate in dispositivo e ad acquisire copia di tutte le annotazioni relative a Y. o Tizia o Alfa S.r.l. o Beta S.r.l. o Gamma S.r.l. o Delta S.r.l. inserite nel "Libro dei Fiducianti" (che la società fiduciaria è tenuta ad avere – come previsto dalla Circolare n. 3188 del 5 maggio 1989 del Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato e sul quale devono essere annotate le "generalità dei fiducianti stessi, con relativo domicilio, le somme di denaro o i valori mobiliari conferiti, i successivi conferimenti, gli eventuali rimborsi, le restituzioni di valori mobiliari").

Provveda la Polizia Tributaria a trasmettere a questo Giudice, nel più breve tempo possibile, l'esito dell'accertamento (o a comunicare l'eventuale rifiuto per l'adozione di eventuali provvedimenti coercitivi).

Si dispone altresì l'acquisizione, presso Delta S.r.l., dei verbali delle assemblee della società, dai quali risulti il nominativo della persona fisica che ha partecipato alle assemblee per conto del socio Fiduciaria ...

La causa deve essere rinviata ad altra udienza in attesa degli accertamenti delegati alla Guardia di Finanza e, comunque, per l'audizione della teste Sempronia.

P.Q.M.

dispone

che la Guardia di Finanza di Reggio Emilia – Nucleo di Polizia Tributaria provveda a

• richiedere alla Fiduciaria ..., previa comunicazione di questa ordinanza:

– dati, notizie e documenti relativi a qualsiasi rapporto intrattenuto od operazione effettuata, ivi compresi i servizi prestati e le garanzie prestate da terzi, relativi a Y., Tizia, Alfa S.r.l., Beta S.r.l., Gamma S.r.l., Delta S.r.l.

– le generalità dei soggetti (se questi coincidono con Y. o Tizia o Alfa S.r.l. o Beta S.r.l. o Gamma S.r.l.) per conto dei quali la predetta società ha detenuto (o detiene) o amministrato (o amministra) o gestito (o gestisce) le partecipazioni nella Delta S.r.l.

– copia di tutte le annotazioni relative a Y. o Tizia o Alfa S.r.l. o Beta S.r.l. o Gamma S.r.l. o Delta S.r.l. inserite nel "Libro dei Fiducianti"

• fornire tempestiva comunicazione della risposta fornita dalla Fiduciaria ... per l'adozione dei provvedimenti conseguenti

• acquisire presso Delta S.r.l. i verbali delle assemblee della predetta società (dai quali risulti il nominativo della persona fisica che ha partecipato alle assemblee per conto di Fiduciaria ... S.p.A.)

• trasmettere con la massima sollecitudine a questo Giudice la documentazione acquisita nel corso delle indagini così disposte

fissa

l'udienza del 19/5/2006 alle ore 9.00 per l'assunzione del teste Sempronia e per l'esame degli esiti degli accertamenti disposti

manda

la Cancelleria per la comunicazione integrale del presente provvedimento alle parti, al P.M. e alla Guardia di Finanza di Reggio Emilia – Nucleo di Polizia Tributaria.

Dispone che la notifica alla Guardia di Finanza sia eseguita anche a mezzo fax (ex art. 151 c.p.c.).

# Applicabilità dell'imposta in misura fissa alla registrazione dell'atto istitutivo di trust

Italia – Tribunale di Brescia

## Atto istitutivo di trust – registrazione – imposizione in misura fissa

Tribunale di Brescia, G. Melluso, Pres., S. Paghera, Rel., B. Belotti, 11 gennaio 2006 [X. c. Agenzia delle Entrate di Verolanuova]

*L'atto istitutivo di trust deve essere assoggettato ad imposta fissa ai sensi dell'art. 11 della parte prima della tariffa allegata al D.P.R. del 26 aprile 1986, n. 131, e non ad imposta proporzionale ex art. 9 della medesima tariffa, in quanto non costituisce atto avente ad oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale, bensì solamente atto prodromico al futuro conferimento di beni ai beneficiari del trust, che soli sosterranno l'imposta nella misura che risulterà dovuta al momento dell'erogazione in loro favore.*

### Testo della Sentenza

È proposto ricorso contro il silenzio-diniego dell'Agenzia delle Entrate in ordine al rimborso di imposte relative all'atto costitutivo di trust.

Il carico fiscale addebitato riguarda imposta di registro, imposta ipotecaria e imposta catastale riconoscendosi all'atto la connotazione di una rendita costituita a favore dei beneficiari finali.

L'opposizione all'interpretazione dell'Ufficio mette in evidenza come il conferimento patrimoniale al trustee abbia la sola connotazione di un'efficiente ed efficace gestione di risorse patrimoniali al fine di conseguire un futuro previsto beneficio a favore della stessa disponente o degli individuati aventi diritto.

Non si costituisce pertanto, per effetto dell'atto, un valore aggiunto o una rendita né a favore dell'immediato destinatario del patrimonio, trustee, che assume solo l'obbligo di gestire per conto e di far conseguire sperabili utilità conclusive ai beneficiari finali, né ai beneficiari finali stessi che sono portatori

di una sola non certa aspettativa futura; non è altresì un attuale valore la previsione di possibile utilizzazione di liquidità, anche attraverso cessioni patrimoniali, a favore dei beneficiari principali in presenza di non quantificabili straordinarie gravi motivazioni.

Il vantaggio finale sperato non è un diritto ma semplicemente un'aspettativa condizionata dal finale apprezzamento del gestore e dallo sperato mantenimento o incremento dei valori patrimoniali conferiti.

L'atto dispositivo di costituzione di trust, redatto in forma pubblica, dovrebbe essere assoggettato alla sola imposta fissa

### Nota:

Riproduciamo il testo della sentenza dal suo originale.

La sentenza è commentata dal P. Rotondo - A. Rotondo, *supra*, 393.

Qui di seguito riportiamo il testo dell'atto istitutivo del trust.

### ATTO COSTITUTIVO DI TRUST

La sottoscritta ... d'ora innanzi indicata come disponente  
PREMESSO

- che la **Disponente** trasferisce in questo momento in proprietà al **Trustee**, come appreso individuato, gli immobili descritti in calce al presente atto;

- che il trasferimento in parola è in piena, libera ed esclusiva proprietà e titolarità, con il vincolo per il **Trustee** di impiegare quanto gli viene trasferito e di disporne secondo le disposizioni e le finalità di questo Strumento;

- che la **Disponente**, a mezzo del presente **Trust**, intende provvedere alle necessità dei propri figli più avanti individuati quali "Beneficiari" per tutta la vita ed indipendentemente dalle vicende aziendali e personali; in particolare, la **Disponente** intende segregare un patrimonio – consistente nei **Beni del Trust** come appreso identificati – per assicurare ai beneficiari la prosecuzione del loro abituale tenore di vita nonché un'adeguata dotazione a fronte di eventuali necessità imprevi-

ste, anche dopo la cessazione delle loro attività professionali ed in età avanzata;

- che al riconoscimento del **Trust** istituito da questo strumento si applicano le disposizioni della Convenzione dell'Aja del 1 luglio 1985, salve disposizioni di maggiore favore;

CIÒ PREMESSO  
CONVIENE QUANTO SEGUE  
PARTE PRIMA:  
DISPOSIZIONI GENERALI

#### 1. Denominazione. Irrevocabilità

A. Il **Trust** così istituito è denominato "TRUST X." d'ora innanzi indicato come **Trust**.

B. Il **Trust** ha effetto dal momento della sottoscrizione di questo strumento.

C. Il **Trust** è irrevocabile.

#### 2. Individuazione del Trustee

Società ... – Trustee del Trust X., con sede legale ed amministrativa in Lussemburgo d'ora innanzi indicata come Trustee, che con la sottoscrizione del presente atto dichiara di accettare il trasferimento e la nomina assumendosi i relativi oneri.

#### 3. Individuazione dei Beni del Trust

A. Sono Beni del Trust, d'ora innanzi Beni del Trust:

- la somma di cui in premessa;
- ogni bene o diritto che la Disponente, o terzi con il consenso della Disponente, trasferiscano al Trustee affinché siano inclusi fra i Beni del Trust con separati e successivi atti;
- i frutti di quanto sopra indicato;
- ogni bene e diritto acquistato per mezzo di Beni del Trust o quale corrispettivo dell'alienazione di Beni del Trust.

B. I Beni del Trust sono separati dal patrimonio personale del Trustee e non sono in alcun caso aggredibili né dai suoi creditori personali in forza del vincolo segregativo né dai creditori della Disponente, essendo usciti definitivamente dal suo patrimonio.

#### 4. Individuazione dei Beneficiari

A. Beneficiari Principali del Trust sono i figli della Disponente, come sopra indicata, Sig. X., ed signor Z.

B. Beneficiari Finali del Trust saranno i figli nati dei signori X. e Z. o in mancanza i rispettivi eredi legittimi. Il Trustee avrà facoltà di stabilire la ripartizione dei Beni del Trust tra tali soggetti secondo la sua piena ed assoluta discrezionalità ed eventualmente di escludere uno o più di essi dalla distribuzione. Nessuno dei soggetti in parola può vantare pretese,  
(Segue)

di registro ex art. 11 della tariffa – parte prima – del D.P.R. 131/1986, non avendo

**Nota:**

(Continua)

diritti o crediti di qualunque natura nei confronti del Trustee ovvero sui Beni del Trust in forza della sua inclusione nella lista di soggetti di cui sopra.

C. Le disposizioni del presente Strumento relative ai Beneficiari si intenderanno riferite congiuntamente ai Beneficiari Principali ed ai Beneficiari Finali. Le rispettive categorie di Beneficiari saranno altrimenti espressamente individuate nelle clausole ad esse relative.

D. In caso di necessità straordinarie dei Beneficiari Principali (ad esempio per motivi di salute, ovvero semplicemente in relazione ad eventi di qualsivoglia natura suscettibili di compromettere il loro abituale tenore di vita), il Trustee previo consenso scritto del Protector potrà provvedere ad elargizioni straordinarie ai Beneficiari Principali od a persone da questi espressamente designate, ivi compreso a questo proposito il pagamento di spese altrimenti a carico dei Beneficiari Principali. In questo caso il Trustee avrà facoltà di alienare tutti o parte dei Beni del Trust al fine di procurarsi la liquidità necessaria, ovvero altri beni con cui sovvenire alle necessità straordinarie dei Beneficiari Principali. A questo fine, il Trustee potrà altresì concedere uno o più dei Beni del Trust in godimento ai Beneficiari Principali. Il Trustee curerà inoltre che per quanto possibile i beneficiari principali conservino l'attuale tenore di vita, anche con elargizioni periodiche integrative delle fonti di reddito. Il Trustee cercherà, per quanto possibile, di mantenere l'attuale destinazione dei beni immobili ricevuti eventualmente rinnovando i contratti ad essi relativi.

E. Qualora, in seguito all'applicazione della disposizione di cui alla clausola precedente, il Trustee debba alienare tutti quanti i Beni del Trust e non si possa ragionevolmente prevedere che la Disponente o terzi provvedano alla ricostituzione dei medesimi, il Trust si considererà scaduto con le conseguenze dei cui all'art. 5. In tal caso i Beneficiari Finali non potranno vantare alcuna pretesa ai sensi degli articoli 26 e 27 del presente Strumento. Resta salvo l'esonero di responsabilità del Trustee di cui all'articolo 15 del presente Strumento.

F. I Beneficiari non potranno trasferire a terzi la propria posizione né per atto fra vivi né a causa di morte.

**5. Durata del Trust**

Il Trust ha termine alla data di scadenza, che si realizza al momento del decesso di entrambi i Beneficiari Principali del Trust. In caso di decesso di uno dei Beneficiari Principali, tutte le disposizioni del presente strumento relative ai Beneficiari Principali si intenderanno riferite al solo superstite di essi ed alla morte di quest'ultimo si realizzerà la data di Scadenza del Trust.

**6. Anticipazione del termine finale**

A. Sarà facoltà dei Beneficiari Principali, di comune accordo, di porre termine anticipatamente al Trust.

B. Il Trustee, sentito il Protector, può in ogni

tempo porre fine anticipatamente al Trust qualora ravvisi che ne siano venute meno le finalità. In particolare, il Trustee ha senz'altro la facoltà di porre fine anticipatamente al Trust al verificarsi delle circostanze di cui alle clausole 4.E (esaurimento dei Beni del Trust), e 19.C (dimissioni del Trustee senza nomina di un successore) del presente Strumento.

**7. Legge regolatrice**

A. Il Trust è regolato dal diritto inglese che le parti dichiarano di ben conoscere.

B. Il Trustee può, con il consenso scritto del protector, sostituire detta legge con altra, rispetto alla quale siano validi sia il Trust sia le sue principali disposizioni, specialmente riguardo alla posizione dei Beneficiari, dandone comunicazione scritta alla Disponente. In tale circostanza, il Trustee, sempre con il consenso del protector, avrà il potere di modificare le disposizioni di questo Strumento che siano incompatibili o eccessivamente onerose rispetto alla nuova legge regolatrice.

**8. Legge dell'amministrazione**

Le obbligazioni e la responsabilità del Trustee sono disciplinate cumulativamente dalla legge regolatrice del Trust e dalla legge dello Stato in cui ha luogo la sede amministrativa del Trustee. In caso di conflitto prevarrà la legge regolatrice del Trust.

**9. Giurisdizione in caso di controversie**

A. Ogni controversia relativa all'istituzione o agli effetti del Trust o alla sua amministrazione o ai diritti dei Beneficiari o di qualsiasi altro soggetto menzionato in questo atto è sottoposta alla magistratura dello Stato la cui legge regola il Trust ai sensi dell'articolo 7.

B. Il Trustee si riserva comunque la facoltà di promuovere azioni di fronte al Foro che riterrà più opportuno in relazione alla controversia in atto.

C. In caso d'urgenza i beneficiari o il Protector avranno facoltà di adire la magistratura del proprio domicilio.

**10. Riservatezza**

A. Salvo quanto disposto da questo Strumento o dalla legge regolatrice del Trust o dal provvedimento di un Giudice avente giurisdizione in forza degli articoli che precedono o per altra causa, o in quanto sia ritenuto dal Trustee necessario in relazione al compimento di un atto di amministrazione o di disposizione o alla difesa in un procedimento giudiziario, il Trustee è tenuto a non comunicare ad alcuno alcuna informazione e a non consegnare alcun documento riguardante il Trust.

B. Peraltro, il Trustee consegnerà ogni documento riguardante il Trust ai Beneficiari Finali al termine del Trust.

**PARTE SECONDA: IL TRUSTEE**

**11. Poteri del Trustee**

A. Il Trustee dispone dei Beni del Trust senza alcuna limitazione che non risulti in questo Strumento e, fatte salve le circostanze in cui egli deve ottenere un parere od un consenso scritto dal Protector ai sensi del presente Strumento, senza dovere mai altrimenti giustificare i propri poteri, che coincidono con quelli che la legge riconosce al proprietario o titolare dei Beni del Trust.

B. Il Trustee ha capacità processuale attiva e passiva in relazione ai Beni del Trust. Egli può comparire nella sua qualità di Trustee dinanzi a notari e a qualunque pubblica autorità senza

che mai gli si possa eccepire mancanza o indeterminatezza di poteri.

C. Resta fermo e impregiudicato il diritto del Trustee di rivolgersi all'autorità giudiziaria per ottenerne prescrizioni o direttive.

**12. Investimenti del Trustee**

A. In quanto fra i Beni del Trust siano incluse somme di danaro, titoli od altri strumenti finanziari negoziati in mercati regolamentati, il Trustee dovrà affidarli in gestione, amministrazione o custodia ad intermediari autorizzati. Il Trustee è espressamente autorizzato a contrarre con intermediari finanziari appartenenti al Gruppo Banca Sella.

B. Previo consenso scritto del Protector, il Trustee può destinare le somme di danaro disponibili ad investimenti di qualunque natura e localizzazione, produttivi o meno di reddito e con qualunque profilo di rischio, come il Trustee ritiene opportuno ivi compreso l'acquisto di polizze assicurative, di valori mobiliari od immobiliari, la presa di partecipazioni, nonché gli acquisti effettuati al fine di consentire ad uno o più dei Beneficiari di abitare, usare o godere dei beni acquistati od altre finalità che il Trustee consideri favorevoli per uno o più dei Beneficiari. Fermo restando quanto sopra, il Trustee non è obbligato a diversificare i suoi investimenti.

C. Il Trustee con il consenso scritto del Protector può in ogni tempo modificare i criteri d'investimento dei Beni del Trust impartendo le corrispondenti istruzioni agli intermediari finanziari incaricati della loro gestione od amministrazione.

**13. Concessione di garanzie**

A. Il Trustee, previo consenso scritto del Protector, può richiedere finanziamenti bancari od altrimenti indebitarsi offrendo in garanzia tutti i Beni del Trust o parte di essi al fine di effettuare investimenti nel rispetto delle disposizioni di cui all'Art. 12 che precede, nell'interesse dei Beneficiari e comunque ed in armonia con le motivazioni del Trust.

B. Il Trustee, previo consenso scritto del Protector, può altresì concedere in garanzia tutti o parte dei Beni del Trust a fronte di debiti richiesti o contratti da ciascuno dei Beneficiari. L'eventuale realizzazione della garanzia da parte del creditore così garantito si intenderà come un'elargizione ai sensi dell'Art. 4D nel caso dei Beneficiari Principali ovvero come un anticipo sulla distribuzione dei Beni del Trust ai sensi degli articoli 26 e 27 nel caso dei Beneficiari Finali. Gli altri Beneficiari, diversi da quelli le cui obbligazioni sono state garantite con Beni del Trust, nulla avranno da pretendere dal Trustee in ragione dell'alienazione di Beni del Trust conseguente alla realizzazione delle garanzie di cui al presente Articolo. In particolare, l'esonero di responsabilità di cui all'Art. 15 del presente Strumento si applicherà in questo caso di specie.

C. Il Trustee può altresì porre a garanzia i Beni del Trust nel caso contemplato all'Art. 17B di questo Strumento.

**14. Deleghe del Trustee**

A. Il Trustee è di regola tenuto a svolgere le proprie funzioni personalmente.

B. Egli peraltro, potrà delegare:

(Segue)

**Giurisprudenza**

per oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale.

Di fatto l'atto è solo prodromico

**Nota:**

(Continua)

i. il compimento di singole attività per un tempo determinato sotto il suo diretto controllo;

ii. a professionisti e a consulenti l'amministrazione di o dei Beni del Trust, in quanto essa ecceda le sue capacità professionali e richieda una preparazione specialistica o si tratti di attività riservate come quelle di cui all'articolo 12A che precede;

iii. il Trustee può nominare avvocati e procuratori, con il consenso anche verbale del Protector.

**15. Esonero da responsabilità**

A. Il Trustee è esonerato da responsabilità per i propri atti ed omissioni, tranne quando egli si sia comportato in difformità dalle prescrizioni di legge ovvero abbia violato le disposizioni di questo Strumento.

B. Il Trustee è esonerato da responsabilità per gli atti e omissioni dei terzi, da lui incaricati o delegati conformemente a quanto stabilito agli articoli 12 e 14 di questo Strumento:

i. qualora si tratti di professionisti, consulenti od intermediari abilitati, ove essi siano legalmente abilitati a svolgere le loro rispettive attività e siano coperti da assicurazione sulla responsabilità professionale;

ii. qualora si tratti di altri soggetti, in caso di loro dolo o colpa grave come intesi dalla legge italiana ovvero *fraud* o *gross negligence* o *wilful misconduct* come intesi dalla legge regolatrice.

C. Il Trustee è esonerato da responsabilità qualora, prima del compimento di un atto abbia richiesto in buona fede e ottenuto un parere scritto da parte di un legale abilitato e si sia comportato in conformità, ovvero abbia regolarmente richiesto ed ottenuto il parere scritto del Protector per un atto che lo preveda ai sensi del presente Strumento e vi si sia conformato.

**16. Luogo dell'amministrazione del Trust**

A. Il luogo dell'amministrazione del Trust è fissato presso la sede amministrativa del Trustee.

B. Ogni documento del Trust dovrà essere custodito nel luogo dell'amministrazione.

**17. Compenso del Trustee**

A. Il compenso del Trustee è stabilito dalla Disponibile in corrispondenza separata. Le spese sostenute dal Trustee per l'adempimento delle sue funzioni, così come il suo compenso, sono a carico del Trust.

B. Qualora il Trust non disponga di sufficiente liquidità e la Disponibile, informata dal Trustee, non anticipi le somme necessarie, il Trustee ha il potere di contrarre debiti, ponendo Beni del Trust a garanzia, ovvero di alienare Beni del Trust.

**18. Successione del Trustee**

A. La cessazione dall'ufficio di Trustee avrà luogo per dimissioni, che lo stesso può in ogni tempo rassegnare, ovvero per revoca disposta dal Protector ai sensi dell'Art. 24.B del presente Strumento.

B. In caso di dimissioni, il Trustee può in ogni tempo nominare un proprio successore.

**19. Dimissioni del Trustee**

A. Le dimissioni del Trustee hanno effetto trenta giorni dopo che egli ne abbia dato

comunicazione scritta al Protector. Il Trustee permane nell'ufficio fino alla nomina del successore.

B. Qualora il Trustee venga a mancare senza un successore, alla sua nomina provvede il Protector.

C. Qualora, decorsi trenta giorni dalla comunicazione delle sue dimissioni, non gli siano state notificate le generalità del suo successore, il Trustee trasferisce i Beni del Trust in suo possesso alla Disponibile, ovvero può stabilire di porre fine anticipatamente al Trust ai sensi dell'Art. 6.B che precede e dare inizio alla distribuzione ai sensi degli Artt. 27 e 28 che seguono.

**20. Trasferimento dei Beni del Trust in caso di mutamento del Trustee**

In caso di cessazione dall'ufficio, il Trustee perde ogni diritto sui Beni del Trust ed è tenuto a consegnare i Beni del Trust al suo successore, consegnandogli qualsiasi atto e documento in suo possesso che abbia attinenza con il Trust o i Beni del Trust, fornendo ogni ragguaglio che il nuovo Trustee ragionevolmente gli richieda ed in genere ponendolo in grado, per quanto in suo potere, di prendere possesso dei Beni del Trust e di assolvere senza difficoltà le obbligazioni inerenti all'ufficio compiendo ogni atto utile o necessario allo scopo.

**PARTE TERZA: IL PROTECTOR****21. Individuazione del Protector**

A. Protector del Trust è il Dott. S.B., ... indicato in questo Strumento come Protector.

B. L'ufficio del Protector viene a termine ipso facto se egli è dichiarato incapace di agire ai sensi del diritto italiano, ovvero è assoggettato ad un procedimento penale o ad una procedura concorsuale in base alle leggi fallimentari a lui applicabili.

C. La Disponibile, per tutta la durata della sua vita, ha il potere di revocare il Protector e nominare un sostituto, comunicandolo per iscritto al Trustee ovvero di comunicare, sempre per iscritto, che non intende procedere ad una sostituzione. In tal caso l'ufficio del Protector verrà a cessare senza pregiudizio per l'esistenza ed il funzionamento del Trust, che continuerà ad essere retto dalle disposizioni del presente Strumento, ad esclusione delle clausole relative al Protector ed ai suoi poteri.

D. Il Protector ha in ogni tempo facoltà di dimettersi dal suo ufficio, dando un preavviso di trenta giorni alla Disponibile. Quest'ultimo può provvedere ad una sostituzione o meno, ai sensi della clausola precedente.

E. Il Protector non ha diritto ad una remunerazione per i suoi servizi, tuttavia si può rivalere sui Beni del Trust per le spese vive che debba eventualmente sostenere in ragione del suo ufficio.

**22. Poteri del Protector**

A. Il Protector ha i seguenti poteri:

(a) far ispezionare o certificare da persone appositamente designate i conti e le rendicontazioni tenuti e conservati dal Trustee in relazione al presente Trust quando il Protector lo ritenga opportuno ed a carico dei Beni del Trust;

(b) ottenere dal Trustee tutte le informazioni e copie di documenti in suo possesso che il Protector ritenga ragionevolmente necessarie per poter esercitare tutti i suoi poteri ai sensi del presente Strumento. Il Trustee è obbligato a fornire al Protector tutte le informazioni e copie di documenti richieste.

B. Il Protector può in ogni tempo revocare il Trustee qualora ritenga che il Trustee si sia reso responsabile di una violazione di legge, ovvero sia inadempiente alle sue obbligazioni ed ai suoi doveri ai sensi del presente Strumento, od abbia abusato dei suoi poteri ai sensi del presente Strumento, o abbia agito con negligenza o in violazione dei doveri di buona fede. La revoca ha luogo previa istruzione scritta al Trustee e con un preavviso di trenta giorni, a meno che le circostanze non esigano un termine diverso. Nel termine del preavviso sarà onere del Trustee, che voglia opporsi alla revoca, adire l'autorità giudiziaria, diversamente la revoca diverrà definitiva. Il Protector che revochi il Trustee deve allo stesso tempo comunicarne per iscritto le motivazioni al Disponibile e provvedere alla nomina di un sostituto. Il Trustee revocato ha gli stessi obblighi del Trustee dimissionario ai sensi dell'art. 19. Restano ferme le disposizioni relative all'esonero di responsabilità di cui all'art. 15 del presente Strumento. La revoca del Trustee senza che sia nominato un successore è inefficace, fermo restando il diritto del Trustee a dimettersi ovvero a porre fine anticipatamente al Trust ai sensi del presente Strumento.

C. Il Protector ha il potere di agire in giudizio contro il Trustee a carico dei Beni del Trust al fine di far valere le disposizioni del presente Trust e di questo Strumento negli stessi casi in cui è ammessa la revoca del Trustee ai sensi della clausola che precede.

D. Il Protector ha il dovere di vigilare sulle scelte d'investimento del Trustee esprimendo il proprio consenso scritto per le stesse e per le modificazioni che nel tempo il Trustee apporti alle stesse. Il Protector è altresì tenuto a rilasciare il proprio parere od il proprio consenso scritto al Trustee in tutti i casi previsti dal presente Strumento.

**PARTE QUARTA: I BENI DEL TRUST****23. Regime dei Beni del Trust**

A. Il Trustee è obbligato a tenere i Beni del Trust separati dai propri. In particolare:

i. tutte le volte che si tratti di beni o diritti iscritti o trascrivibili in registri, pubblici o privati, il Trustee è tenuto a richiederne la trascrizione o nella sua qualità di Trustee o al nome del Trust o in qualsiasi altro modo che riveli l'esistenza del Trust;

ii. i rapporti bancari istituiti dal Trustee e tutti i contratti da lui stipulati saranno intestati o al Trust o al Trustee nella sua qualità.

B. La Disponibile, i Beneficiari e chiunque altro vi abbia interesse potranno rivendicare i Beni del Trust qualora il Trustee, in violazione dei propri obblighi, li abbia confusi con i propri.

**24. Obblighi di custodia**

A. Il Trustee deve custodire i Beni del Trust.

B. Il Trustee è tenuto al compimento di ogni attività necessaria per tutelare la consistenza fisica dei Beni del Trust, il titolo di appartenenza e, se del caso, il possesso in favore del Trust.

C. Trattandosi di titoli di credito o strumenti di investimento:

i. il Trustee è liberato da responsabilità qualora egli li depositi presso un istituto bancario od altro intermediario finanziario abilitato al nome del Trust o al proprio nome nella specifica qualità di Trustee di questo Trust;

ii. qualora il Trustee sia una società che profes-

(Segue)



all'erogazione di sperati benefici che saranno assoggettati ad imposta nel momento del loro godimento in capo ai beneficiari.

In opposizione l'Ufficio insiste sulla debenza dell'applicata imposta proporzionale di cui si chiede il rimborso non riconoscendo esclusività al rapporto fiduciario che lega conferente e trustee, ma sostenendo l'indispensabilità, secondo legge, di un'interpretazione che vada oltre il rapporto meramente strumentale al conseguimento del risultato finale.

Ricerca pertanto e chiede conforto con una interpretazione della volontà delle parti da cui è desumibile che: "deve attribuirsi rilievo preminente nell'imposizione di un atto alla sua causa reale e che il richiamo all'autonomia dei soggetti ed ai requisiti del negozio non può valere ad escludere la rilevanza fiscale degli effetti economici della regolamentazione degli interessi effettivamente perseguita dai contraenti, anche se mediante una pluralità di pattuizioni non contestuali".

Da ciò ha fatto conseguire l'applicazione dell'imposta sui trasferimenti e quindi di una percentuale proporzionale del 3% del valore del conferimento in applicazione dell'art. 9 del D.P.R. 131/86 in tema di imposta di registro prevista per le categorie contrattuali residuali.

È pur vero che la volontà del disponente predispone strumenti di possibile godimento futuro di utilità da parte dei beneficiari finali, ma appare altrettanto vero che dall'atto di conferimento, in quanto tale, non può farsi conseguire una favorevole certezza di positivi risultati gestionali, tanto che lo stesso patrimonio consegnato in gestione potrebbe anche affievolirsi se dovesse essere mancata l'aspettativa di positivo riscontro differenziale finale.

Il risultato, in termini di valori, sarà riscontrato con lo spirare del contratto di destinazione patrimoniale a favore del trustee e quindi con l'erogazione in retrocessione del capitale o del capitale e del plusvalore o con la liquidazione intermedia di quote economiche a superamento di disagi psico-fisici gravi e riconosciuti e come riferiti in contratto.

Appare conseguentemente, in una materia disciplinata da incerta normazione, non condivisibile l'applicazione di imposta proporzionale su

un atto neutro sotto il profilo dei valori messi in gioco.

Non c'è arricchimento attuale di alcuno dei soggetti individuati in contratto e nel dubbio sul risultato non appare coerente la provvisoria richiesta anticipata di imposta.

La Commissione  
P.Q.M.

Accoglie il ricorso. Spese compensate.

Nota:

(Continua)

sionalmente opera quale Trustee, il deposito può avere luogo anche unitamente a titoli appartenenti ad altri Trusts, ma solo qualora si tratti di titoli nominativi e non negoziati in alcun mercato regolamentato.

D. Trattandosi di immobili, il Trustee è liberato da responsabilità qualora egli li conceda in godimento ad uno o più dei Beneficiari ovvero qualora deleghi la loro gestione ad un soggetto terzo, col parere favorevole del Protector.

#### 25. Pagamento di imposte

Il Trustee, impiegando all'uopo le disponibilità del Trust e comunque i Beni del Trust, potrà assolvere qualsiasi imposta in qualsiasi Stato a carico del Trust o del Trustee in conseguenza dell'esistenza o degli effetti del Trust o del reddito o del capitale da esso ricevuto o distribuito, anche se tale imposta non possa essere pretesa contro il Trustee.

#### 26. Destinazione finale dei Beni del Trust

A. Sopraggiunto il termine finale del Trust, come innanzi determinato nell'art. 5, ed estinti gli eventuali oneri gravanti sui Beni del Trust, ivi comprese le garanzie su di essi costituite, il Trustee provvede alla distribuzione dei Beni del Trust ai Beneficiari Finali come individuati all'articolo 4 del presente Strumento.

B. Qualora un Beneficiario Finale muoia prima del termine del Trust:

i. qualora egli abbia avuto figli o vi siano altri eredi legittimi o testamentari, la sua quota sarà attribuita in parti eguali ai suoi figli ovvero agli eredi legittimi o testamentari;

ii. qualora egli non abbia avuto figli né vi siano altri eredi legittimi o testamentari, la sua intera quota dovrà accrescersi a quella spettante agli altri soggetti indicati come Beneficiari Finali in questo Strumento.

C. Il Trustee cercherà, per quanto possibile, di trasferire a ciascuno dei Beneficiari Finali beni integri ed indivisi in proprietà assoluta ed individuale, evitando situazioni di comproprietà o di frazionamento suscettibili di ridurre il valore economico dei beni trasferiti o di renderne meno agevole il godimento. Qualora ciò non sia possibile od economicamente efficiente il Trustee, previo parere del Protector e consenso scritto di tutti i Beneficiari Finali, potrà attribuire integralmente un bene ad un Beneficiario a fronte dell'impegno di questi, debitamente accettato dagli altri Beneficiari Finali, di trasferire a titolo di conguaglio un'ideale somma di danaro agli altri Beneficiari Finali di modo da ristabilire l'equilibrio tra le quote di spettanza di ciascuno.

D. Su richiesta di uno o più Beneficiari, il Trustee può dichiarare che i Beni del Trust che egli ha comunicato di stare per attribuire loro,

o alcuni fra tali beni, formano oggetto di Trusts in quel momento istituiti dal Trustee in favore dei suddetti Beneficiari o delle persone da essi designate, con la conseguenza che tali beni non sono più soggetti alle norme di questo Strumento, ma a quelle del nuovo atto istitutivo stipulato dal Trustee.

#### 27. Disposizioni finali sulla distribuzione dei Beni del Trust

A. Nel procedere all'attribuzione dei Beni del Trust, il Trustee cura la scelta delle soluzioni fiscalmente più efficienti.

B. Gli effetti del Trust cessano, rispetto a ciascun bene, nel momento del trasferimento ai Beneficiari.

28. P., quale rappresentante della società "X." con sede legale ed amministrativa in Lussemburgo, ... qui rappresentata dal signor S.B., ... in virtù di procura speciale autenticata ... che si allega al presente atto sotto la lettera "A", che accetta l'incarico e l'intestazione dei beni oggetto del trust.

#### DESCRIZIONE DEI BENI DEL TRUST (omissis)

Per una migliore identificazione degli immobili in oggetto si allegano al presente atto sotto la lettera "B" le relative planimetrie cui le parti fanno riferimento anche per i confini.

Le parti dichiarano che il valore fiscale della piena proprietà degli immobili in oggetto è di complessivi euro ...

Il Trustee rinuncia all'ipoteca legale.

#### EFFETTI-PROVENIENZA

Gli effetti del presente atto decorrono da oggi per tutte le conseguenze utili ed onerose.

Il conferimento in trust si effettua a corpo, nelle condizioni di fatto in cui gli immobili si trovano, con ogni accessorio, accessione, pertinenza, diritto, onere e servitù, così come pervenuto alla disponente per ...

#### GARANZIA E GRAVAMI

La disponente dichiara che gli immobili in oggetto sono di sua esclusiva proprietà, liberi da pesi, vincoli, iscrizioni e trascrizioni pregiudizievoli, ad eccezione:

- delle domande giudiziali ...;
- delle servitù trascritte ...;

che il trustee dichiara di conoscere.

#### DICHIARAZIONE SOTTITUTIVA DI ATTO NOTORIO

La signora (disponente) ai sensi del D.P.R. 28 dicembre n. 445, consapevole delle conseguenze delle dichiarazioni false o reticenti, dichiara che la costruzione dell'immobile sito in Comune ... iniziata in data anteriore al 1 settembre 1967 e gli stessi non hanno subito successive modifiche che configurino abusi edilizi.

#### DESTINAZIONE URBANISTICA

Si allega al presente atto sotto la lettera "C" il certificato di destinazione urbanistica rilasciato dal Comune di ... in data ... col N. ... prot. per gli immobili siti in Comune di ...

Le parti dichiarano che dalla data del rilascio ad oggi non sono intervenute modifiche degli strumenti urbanistici vigenti.

#### CLAUSOLA SOSPENSIVA

Il conseguimento della proprietà dei beni oggetto del trust da parte dei beneficiari è condizionata alla premorienza della disponente.

#### SPESE

Le spese del presente atto e sue conseguenti sono a carico della disponente.

Il presente atto resterà depositato tra gli originali del notaio che autenterà le firme.

# Diritto dei beneficiari di conoscere i documenti del trust e limitazioni imposte dal giudice

Nuova Zelanda – High Court

## Trust discrezionale – diritto di informazione dei beneficiari – sussistenza – limitazioni

High Court, Auckland, Potter, J., 22 dicembre 2003 [Foreman and others v Kingstone and others]

*Nel caso di un trust discrezionale in cui il trustee può liberamente scegliere, nell'ambito di una classe, quali soggetti beneficiare, i beneficiari, pur vantando una mera aspettativa, hanno comunque diritto di ricevere informazioni sull'amministrazione del trust, onde confrontarne la corrispondenza con i termini dell'atto istitutivo.*

*Questo diritto, tuttavia, può essere compreso dal giudice quando vi siano particolari ragioni che suggeriscano una riservatezza di tipo personale o commerciale; oppure quando ciò è giustificabile in base alla particolare natura dell'interesse dei beneficiari; o quando si tratti di evitare gli effetti indesiderati che dall'eventuale divulgazione potrebbero derivare nei confronti del trustee, dei beneficiari o di terze persone; ma anche in base a valutazioni aventi ad oggetto l'opportunità di divulgare interamente o parzialmente i documenti ovvero la necessità di imporre limitazioni al loro uso ovvero, nei trust di famiglia, onde evitare che, a seguito di una tale informativa, si inaspriscano i rapporti tra il trustee ed i beneficiari, o tra questi ultimi.*

### Testo della Sentenza

[1] The parties have agreed a question for preliminary determination by the court pursuant to r 418 of the High Court Rules:

“Whether the defendants or any of them, in their capacity as trustees, have a duty at law to disclose to the plaintiffs any, and if so what, of the documents and information referred to at (a)(i)-(xii) on pages 11-13 of the second amended statement of claim and, if so, on what basis?”

(Note: I have amended the question as set forth in the minute of Randerson J of 10 June 2003 to reflect the additional category of documents included as sub-

para (xii) in the second amended statement of claim dated 21 August 2003 filed on 28 August 2003.)

[2] In essence, the defendants as trustees seek the court's determination of the extent to which they are required to disclose documents and information to the plaintiffs as beneficiaries of certain trusts.

(omissis)

[81] The principal issue determined by the Privy Council in *Schmidt*(1) was that a beneficiary's access to trust documents rests not on an equitable proprietary interest in trust property, but should be approached as an aspect of the court's inherent jurisdiction to supervise the administration of trusts. It removed any distinction between beneficiaries with an equitable interest, and discretionary beneficiaries and those who are the object of a mere power. Thus the plaintiffs as discretionary beneficiaries or objects of a mere power are not disentitled to disclosure because they cannot claim a proprietary interest in the trusts.

[82] In approaching the issue, the Privy Council cited with approval from judgments which relied on fundamental principle in analysing the obligations of trustees and the correlative rights of beneficiaries under trust instruments. A trust creates fiduciary obligations on trustees who owe duties to beneficiaries, and beneficiaries have correlative rights. A fundamental duty of trustees is to account to beneficiaries for the administration of the trust. There is nothing in the *Schmidt* decision that suggests a departure from that fundamental obligation. Indeed it would be an extreme result if in confirming the same rights of access to trust documents for beneficiaries with a transmissible interest and those with a discretionary interest or as objects of a mere power, a funda-

mental trustee obligation was in any way diminished or varied. To the contrary, the Privy Council endorses an approach to the issue based in fundamental principle.

[83] The Privy Council did not define or recognise a “core category” of trust documentation to which beneficiaries have an absolute right of access. The Board preferred to leave the whole matter of disclosure within the discretion of the court in its supervisory jurisdiction. It referred to the possible need for the court in some cases, to balance competing interests of different beneficiaries, the trustees and third parties. The Privy Council remitted back to the High Court of the Isle of Man determination of the appellant's petition to obtain trust accounts and other information from the trustees of the two settlements, providing some guidance to the court, stating (at para [681]):

“The appellant as Mr Schmidt's personal representative does not accept that these funds have been fully accounted for [...] [o]n the face of it the appellant [...] seems to have a powerful case for the fullest disclosure in respect of these funds.”

[84] Debate has centred on attempts to define “documents of the trust” (*Re Londonderry's Settlement*). No comprehensive definition has been successfully attempted. Kirby P in *Hartigan Nominees Pty Ltd v Rydge* referred to “virtually incomprehensible distinctions” between documents which are trust documents and those which are not and the risks of

### Note:

Riproduciamo il testo della sentenza da 6 ITEL 841.

Manca il Sommario perché i fatti sono ampiamente narrati da E. Berti-Riboli, *supra*, 409.

(1) *Schmidt v Rosewood Trust Limited*, in questa Rivista, 2003, 586.

artificial classification of trust documents (see para [62] above).

[85] In exercise of the overriding supervisory jurisdiction of the court, confirmed by *Schmidt*, and in balancing competing interests, a court must always be mindful of the trustees' fundamental duty to inform beneficiaries of their rights, which must carry with it the right for beneficiaries to inspect documents of the trust from which their rights may be deduced and the rendering of trust accounts. That is a basic principle upon which trusts rest and are supervised. For as Ford and Lee note at [9260] of their text *Principles of the Law of Trusts* (3rd edn, 1996):

"If beneficiaries could be prevented from seeing the terms of the trust and the trust accounts they could not meet requirements of taxation law respecting declaration of income; neither could they establish locus standi to approach the court, which could have the effect of compromising the court's jurisdiction."

[86] Ford and Lee suggest that if a question arises, it is how much the beneficiaries may see. In analysing the decision in *Schmidt*, Ford and Lee conclude at [9290]:

"Thus the advice indicates that although beneficiaries cannot see everything, they "have a strong claim" to see accounts that will demonstrate the propriety or otherwise of the trustee's conduct. The connexion between the beneficiary's right to see accounts and the court's jurisdiction to supervise provides the most cogent rationale for allowing access to trust accounts.

[...]

To conclude it is submitted that well-intentioned trustees should respond generously to beneficiaries' reasonable requests for information whether they are bound to do so or not."

[87] Of course what is a reasonable request for information is likely to be viewed differently by trustees conscious of their duties to administer the trusts for the benefit of all beneficiaries, and the particular beneficiaries seeking information. There are a number of factors which will bear on the situation. To take an example: the MP Foreman Trust by definition includes within the class of discretionary beneficiaries "any charity within New Zealand". It could be expected that trustees and the court in the exercise of its supervisory jurisdiction, would view

differently a request of the trustees for disclosure of trust documentation made by a random charity which had not, pursuant to the exercise by the trustees of their discretion, become an object of the trust, and a similar request from persons named or included by definition within the class of discretionary beneficiaries. In *Schmidt* (at para [54]) the court identified as one of three areas in which the court may have to form a discretionary judgment: "whether a discretionary object (or some other beneficiary with only a remote or wholly defeasible interest) should be granted relief at all". That would clearly be a very relevant consideration were an application received from such charity. I doubt that a contention by the charity that disclosure should be made or ordered based on an absolute right to core trust documentation (the plaintiffs' position) would or should persuade the trustees or the court in its supervisory jurisdiction, to grant disclosure.

[88] However, in the case of persons named or included by definition as discretionary beneficiaries under a trust instrument, circumstances that might exclude them from relief would be limited, because to decline disclosure of accounts and information would be in direct conflict with the trustees' fundamental obligation to be accountable to the beneficiaries.

[89] Approached as a matter of principle, the entitlement of beneficiaries to disclosure of trust documents pursuant to the trustees' fundamental obligation to be accountable to beneficiaries, must be measured against another fundamental principle that the autonomy of trustees in the exercise of their discretions under the trust instrument must be ensured. Hence, trustees are not obliged to disclose to beneficiaries their reasons for exercising their discretionary power (*Re Londonderry's Settlement*).

[90] The following may be derived from the judgment of the Board in *Schmidt* as matters that may be taken into account by the court in the exercise of its supervisory jurisdiction:

- (a) Whether there are issues of personal or commercial confidentiality;
- (b) The nature of the interests held by the beneficiaries seeking access;
- (c) The impact on the trustees, other beneficiaries and third parties;
- (d) Whether some or all of the docu-

ments can be withheld in full or redacted form;

(e) Whether safeguards can be imposed on the use of the trust documentation (for example, undertakings, professional inspection etc) to limit any use of the documentation beyond that which is legitimate; and

(f) Whether (in the case of a family trust) disclosure would be likely to embitter family feelings and the relationship between the trustees and beneficiaries to the detriment of the beneficiaries as a whole.

(omissis)

# Clausola di ritenzione dei beni in trust e responsabilità del trustee

New York - Surrogates Court

## Beni in trust – clausola di ritenzione – necessità di diversificazione degli investimenti – responsabilità del trustee

Surrogates Court of New York, Monroe County, E. A. Calvaruso, J., 25 giugno 2004 [In the Matter of the Judicial Settlement of the Second Intermediate Account of Chase Manhattan Bank, as Trustee of the Testamentary Trust established under will of Charles G. Dumont, Deceased]

*La clausola che impedisca al trustee di alienare i titoli azionari costituenti il fondo in trust, se non in presenza di una non meglio specificata “compelling reason”, può essere considerata come non apposta qualora essa sia in conflitto con i doveri fiduciari gravanti sul trustee (che deve agire in buona fede e in modo prudente) e non consenta al trustee medesimo di proseguire nell’attuazione della finalità del trust in mancanza della alienazione dei titoli azionari, quando essi stiano progressivamente perdendo valore.*

### Sommario

Nel proprio testamento, il Sig. Dumont istituisce un trust avente ad oggetto un pacchetto azionario della società Eastman Kodak: nell’esprimere la propria volontà, il testatore precisa, da un lato, che il trustee avrà il potere di amministrare e controllare il patrimonio in trust con pieni poteri di vendita, di trasferimento e di disposizione del medesimo; ma, dall’altro lato, che il trustee non potrà vendere il pacchetto azionario a meno che non sussista una “compelling reason”, diversa dalla mera diversificazione degli investimenti, per farlo.

Il problema che sorge nel 2001, dopo decenni in cui il trustee si era limitato, indipendentemente dalle oscillazioni del mercato, a detenere il medesimo pacchetto azionario, è legato al significato di “compelling reason”, ovvero alla necessità di vendere i titoli, e ciò perché, innanzitutto, le azioni stavano perdendo molto del loro valore a causa della riduzione della quota di mercato della Eastman Kodak, e, in secondo luogo, era forse opportuno adottare, poiché foriera di mi-

nori rischi, una politica di diversificazione degli investimenti.

Al centro della questione giudiziaria è dunque la possibilità o meno per il trustee, in presenza di una clausola di ritenzione, di modificare il portafoglio titoli in suo possesso.

D'altronde, i doveri fiduciari che su di lui gravano impongono di agire sempre secondo buona fede e prudenza, con la conseguenza che allorquando vi sia conflitto tra tale clausola e gli obblighi fiduciari la prima va considerata come non apposta: all’enunciazione di questo principio il giudice arriva sia in virtù di una legge entrata in vigore nello stato di New York nel 1995 (Prudent Investor Act), che prevede che il trustee è tenuto a diversificare gli investimenti a meno che ciò non sia nell’interesse dei beneficiari avuto riguardo alle disposizioni e ai termini dell’atto istitutivo del trust. Sia in base alla previgente “prudent person rule”, per la quale chi detiene fondi per l’investimento è tenuto a scegliere gli investimenti che prudentemente e a sua discrezione consentano un ragionevole reddito e la preservazione del capitale iniziale.

Questo essendo il principio che deve trovare applicazione nella fattispecie, analizzando la condotta del trustee il giudice dichiara che egli ha commesso *breach of trust*.

Infatti, il giudice ritiene che prima del 2001 il trustee non aveva agito con prudenza, non preoccupandosi di attribuire un significato certo all’espressione, incerta, impiegata dal disponente (“compelling reason”). Interpretando tale espressione alla luce dell’intero testamento, il giudice afferma che il trustee avrebbe dovuto conservare le azioni il più a lungo possibile, idealmente anche fino alla fine del trust, allo scopo di perseguire la finalità di beneficiare la famiglia del testatore: una gestione prudente del patrimonio effettuata tenendo in considerazione tale scopo avrebbe comunque legittimato la ven-

dita dei titoli, qualora ciò si fosse reso necessario (come in effetti era accaduto) onde perseguire la finalità medesima.

Questa inerzia, unitamente alla considerazione che il trustee non aveva instaurato alcun dialogo con i beneficiari del trust per verificare se nel tempo non si fossero venute a creare condizioni tali che, nell’interesse dei beneficiari stessi (come aveva desiderato il disponente), giustificassero un disinvestimento del portafoglio, portano il giudice a concludere per una condanna nei confronti del trustee consistente nella restituzione al fondo in trust dei compensi ricevuti per la propria attività nel corso di un ampio lasso di tempo.

(E. B.)

### Testo della Sentenza

Charles Dumont (“Dumont”, “testator”), a widower, executed his last will and testament on June 1, 1951. After providing for a few small trusts for favored employees, a small demonstrative bequest and a small general bequest, he left the remainder of his estate to a trust set up under Article Fifth of his will. This residuary trust was to pay income primarily to his daughter Blanche Hunter during her lifetime, but the trustee had “sprinkle powers”: the discretion to distribute the income among Blanche’s descendants if it wished to do so. After Blanche’s death, income was to go to her daughter Margaret. After Margaret’s death, the trust was to cease and pay over the principal to Margaret’s issue; or, if she died without issue, to the following charities: University of Rochester, Rochester Institute of Technology and American National Red

### Nota:

Riproduciamo il testo della sentenza da 2004 N.Y. Misc. LEXIS 896.

Le note sono state omesse.

Cross. In June of 1951, Margaret was twenty-seven years old. Margaret's daughter Alice was born in May of 1955. Margaret's daughter Pamela was born in May of 1957. The record shows that Margaret also had a daughter, Angela, but does not reveal when Angela was born, only that she was deceased by the time the accounting period began (Affidavit of John F. Teegardin, March 3, 2000, par. 6). Charles Dumont passed away on February 21, 1956, after Margaret had started her family. Dumont had made no changes to his testamentary plan.

After the dispositional provisions, the testator added an extensive paragraph "LASTLY", wherein he set forth the powers of the nominated fiduciaries, notably the power to "administer [...] sell, transfer and dispose" of the stock. Additionally, buried within this paragraph is an interesting notation that the testator's estate would be primarily comprised of a single security: the stock of Eastman Kodak Company ("Kodak"). Further along in this final paragraph, Charles Dumont included the following language:

"It is my desire and hope that said stock will be held by my said Executors and by my said trustee to be distributed to the ultimate beneficiaries under this Will, and neither my Executors nor my said trustee shall dispose of such stock for the purpose of diversification of investment and neither they or it shall be held liable for any diminution in the value of such stock".

Finally, and most importantly, he concluded his retention language with the following language (the "exception phrase"), which remains the crux of this litigation:

"The foregoing provisions shall not prevent my said Executors or my said Trustee from disposing of all or part of the stock of Eastman Kodak Company in case there shall be some compelling reason other than diversification of investment for doing so".

Petitioner's predecessor, Lincoln First Bank, (the "bank", "petitioner") was appointed by this court as testamentary trustee under Dumont's will on February 27, 1956. The trust was funded on June 17, 1958 with 4746 shares of Eastman Kodak Company and 375 shares of Socony Mo-

bil Oil Corporation. For fourteen years, the composition of the trust corpus changed little. On December 29, 1972, Blanche Hunter died. Petitioner thereafter filed its first intermediate accounting, showing a continued retention of the Kodak stock. No objections were filed to this accounting and petitioner received a decree of judicial settlement, settling its account. Petitioner continued to retain a near exclusive concentration of the Kodak stock in the trust's portfolio for over twenty years, despite a precipitous drop in value during the 1970's.

At the beginning of the accounting period, the bank employees responsible for the Dumont trust were R. A. Lewis and Thomas Brown. Lewis served as the trust administrative officer, Brown was the portfolio manager/investment officer. (The term "trust officer" will be used generically to refer to either of these positions). As explained at trial, the trust administrators held primary responsibility for communicating with beneficiaries, forwarding income to recipients, and making judgment calls where trusts allowed discretionary authority such as the "sprinkle" provision in the Dumont trust. Portfolio managers were responsible for knowing the needs of the beneficiaries, the time horizon of the trust, and choosing investments accordingly.

In 1973, Margaret Hunter was the income beneficiary of the trust. Lewis was the primary contact at the bank for her. This remained true even after his formal responsibilities with the trust ended, sometime around 1978 (the record is unclear as to the exact date). When Lewis ceased to have trust administrator responsibility for the Dumont trust, John F. Teegardin assumed those duties. Teegardin had been serving as the portfolio manager for the Dumont trust since 1976, having succeeded Thomas Brown. After taking over Lewis's administrative duties for the Dumont trust, Teegardin was singularly responsible for the management of the trust and remained so for almost twenty years. After Teegardin's resignation in 1997, the trust was again handled by dual officers: John Fitzpatrick as portfolio manager and Russell Mandrino as trust administrator.

Shortly after Fitzpatrick and Mandri-

no assumed responsibility for the trust, they were approached by Richard Holderman, counsel to Margaret Hunter, regarding potential sale of Kodak stock. An agreement amongst all parties to sell the stock was briefly pursued but never executed. In December of 1997, in response to a letter from Mr. Holderman urging them to do so (Exhibit P189), Fitzpatrick and Mandrino requested an in-house legal opinion regarding the terms of the trust, specifically seeking a more thorough definition of "compelling reason" contained within the exception phrase. However, despite their prompt receipt of a legal analysis of the trust's terms, the trust officers took no action regarding the sale of stock and the matter was dropped. A few months thereafter, a compulsory accounting proceeding was commenced by Margaret Hunter and her remaining daughter Pamela (Alice had died in March of 1980). In response to this, the bank filed a petition for the judicial settlement of its second intermediate account on August 31, 1998. Margaret Hunter and Pamela Creighton promptly filed objections to this account. They sought damages in excess of \$39 million due to losses sustained because of bank's alleged improper retention of a near 100% concentration in Kodak stock and overall mismanagement of the trust estate.

Throughout the early litigation, the bank continued to hold the stock. In December of 2001, the bank determined that compelling reason to sell the Kodak stock did indeed exist, based purportedly upon Eastman Kodak's lack of presence in the new digital market. Sale of 95% of the stock was recommended. It was encouraged to occur over the course of thirteen months, so as to spread out over three tax years the substantial capital gains tax which would be incurred. The actual sale of Kodak stock was expedited, and took place over the course of nine months. The bank filed a supplemental accounting after the sale. The official accounting period before the court is December 30, 1972 to September 15, 2003.

The court issued summary judgment decisions in the summer of 2002, denying the motion of the objectants as well as the cross-motion of the bank. In December of 2002, Pamela Creighton passed away, extinguishing her interest in the

**Giurisprudenza**

trust. The interests of the charitable beneficiaries suddenly became substantial and relatively assured. Margaret's daughters had always been the presumptive remainder holders of this trust, even though their status to inherit the corpus was contingent upon their survival of Margaret. All three pre-deceased her. Because none of Margaret's daughters ever had children, Margaret was left with no descendants. Upon Pamela's death, the charities became the presumptive remainder holders. These three charitable remainder holders, as well as the New York Attorney General, joined Margaret Hunter in her suit. Trial was held in late January, 2004.

**POSITIONS**

Objectants' theory of the case is that at the beginning of the accounting period two compelling reasons existed to sell the Kodak stock: the low income yield that Kodak was producing, and the high risk and volatility created by the almost exclusive Kodak holding within the trust portfolio. Therefore, it was imprudent for the bank to have retained it. Objectants argue that a Kodak holding amounting to more than 5% of the portfolio represented an improper and imprudent concentration of Kodak and ought to have been eliminated on or before January 31, 1973. Objectants argue that the petitioner fell far below the threshold of fiduciary duty in managing this trust, averring that the bank gave little credence to a proper interpretation of the will's terms, and held few, if any, discussions with the beneficiaries regarding the management of the estate.

Petitioner states that objectants' argument completely ignores the retention language in the will. Petitioner argues that it was unable to remove the concentration of Kodak stock within the portfolio without diversifying the portfolio, something which the testator by his language had prohibited the bank from doing. Petitioner also argues that it carefully monitored the trust and at all times kept a diligent level of communication with the beneficiaries, as they were known to be at the time. Petitioner further argues that the low income yield of Kodak stock in 1973 did not constitute a compelling reason for sale, because the income beneficiary had more than enough income at

her disposal, being a net saver of over a hundred thousand dollars per year.

**OPINION****Legal Requirement to Diversify**

The accounting period before the Court spans two different legal standards for trust administration. From the beginning of the accounting period until December 31, 1994, the trustee's actions are governed by the Prudent [Person] Rule ("PPR"), as originally set forth in New York State in *King v Talbot*, 40 N.Y.76 (1869), and was later codified in EPTL 11-2.2:

"A fiduciary holding funds for investment may invest the same in such securities as would be acquired by prudent men of discretion and intelligence in such matters, who are seeking a reasonable income and preservation of their capital".

The PPR itself did not require a trustee to diversify an estate, but diversification was a factor in the determination of prudence. See, *Matter of Newhoff*, 107 A.D.2d 417, 486 N.Y.S.2d 956 (1985); *Durant v Crowley*, 197 A.D. 540, 189 N.Y.S. 385 (1921). Liability for lack of diversification is based upon a breach of a fiduciary's duty to prudently manage the estate. In *Re Estate of Janes*, 165 Misc.2d 743, 630 N.Y.S.2d 472 (1995). To determine whether such a breach of duty occurred, the Court must evaluate the fiduciary's actions along with relevant factors which affected or ought to have affected the fiduciary's decisions; for instance, the performance of the market, the corpus of the estate (both in size and composition), the situation and needs of the beneficiaries, potential tax consequences, the time (investment) horizon of the estate, the terms of the governing instrument (EPTL 11-2.2) and the intent of the settlor:

"The court's job in overseeing the administration of a testator's estate is to implement the testamentary plan the testator intended, determining intent from the words used in the will and construing them according to their everyday and ordinary meaning". In *re Estate of Walker*, 64 N.Y.2d 354, 357, 476 N.E.2d 298, 486 N.Y.S.2d 899 (1985) (citations omitted).

In this extensive and non exclusive list, the terms of the governing instrument are highly important because the terms of the instrument itself can set the stage for

the weight to be applied to the other factors, and can completely reframe the fiduciary's perspective in monitoring the interplay between them.

The Prudent Investor Act ("PIA"), which took effect on January 1, 1995, was the first time that New York statutorily required diversification. Even this requirement was not absolute, however. Under the PIA, a trustee is required to "diversify assets unless [...] it is in the interests of the beneficiaries not to diversify, taking into account the purposes and terms and provisions of the governing instrument" (EPTL 11-2.3(b),(c), emphasis added). The PIA therefore puts diversification at the forefront of the fiduciary's obligations but allows leeway for the fiduciary to "opt out" if the beneficiaries require otherwise, or if the testator himself/herself directed a different course of action.

For purposes of this case, the primary difference between the Prudent Person Rule and the PIA is whether diversification is the default requirement or not. They are similar in that both standards encourage diversification while allowing for the fact that the terms of the governing instrument have an important role to play in the fiduciary's decision whether or not to diversify. Because both of the standards give such deference to a testator, and because Mr. Dumont did in fact exercise his ability to direct his fiduciary on diversification decisions, the existence of two different standards over the course of the accounting period will have little practical effect. Mr. Dumont's specific instructions will carry the most weight in this litigation, not to supersede a prudence determination under the statute, but to guide and develop the concept of prudence to which the trustee will be held.

In post-trial papers, objectants have argued that a trust clause which mandates an investment strategy that would normally be deemed imprudent (such as the retention of a 100% concentration of a stock) effectively eliminates the standard of prudence and thus violates EPTL 11-2.3,b,3,A. The Court disagreed with this argument at summary judgment and continues to do so now. Prudence is a conclusion; a determination reached after an evaluation of relevant factors, one of which is the terms of the governing instru-

ment. Objectants are putting the cart before the horse, presuming an action's imprudence and then arguing against the authorizing clause's validity.

It is clear that a fiduciary must use good faith and prudence to carry out its duties (EPTL 11-2.3,b,3,A), and that a retention clause cannot trump the application of prudence in the management of an estate. In *Re Hubbell*, 302 N.Y. 246, 97 N.E.2d 888). The Hubbell case holds that where a retention clause conflicts with the legal duty of prudence imposed upon a fiduciary, the clause must lose. The Hubbell case clarifies the fact that a retention clause cannot eliminate the requirement of prudence, and in so doing also supports the idea that a balancing between the terms of a retention clause and prudent financial management is possible, because it removed the possibility of stalemate between the two. There are three voices to which the fiduciary must listen: the settlor (his/her intent and strength of wording); the beneficiaries (regarding their economic situation and expressed desires); and the market (the realities of the financial world and composition of the trust corpus). Proper fiduciary diligence and attention paid to this triad should be sufficient to keep the proverbial floodgates of liability from swinging open.

Ultimately, the question is not a blind, "Did the trustee's actions constitute prudent management?" but rather, "Did the trustee's actions constitute prudent management in light of the terms of the governing instrument?" In order to properly answer this question, the Court must first review the Dumont will to determine a uniform interpretation of Mr. Dumont's language.

#### Judicial Construction of "Compelling Reason"

In a will construction, the first step to take is to ascertain the intent of the testator from the document itself. In *re Larkin*, 9 N.Y.2d 88, 172 N.E.2d 555, 211 N.Y.S.2d 175 (1961); In *re Colbert*, 210 A.D.2d 616, 619, 619 N.Y.S.2d 400 (1994). Openness of definitions or slight ambiguity of a phrase do not remove the requirement of the Court to take a "sympathetic reading" of the document as a whole. *Matter of Fabbri*, 2 N.Y.2d 236,

239, 140 N.E.2d 269, 159 N.Y.S.2d 184 (1957). A testator's failure to specify an "exact contingency" does not remove the court's ability to give effect to testator's intent or implied purpose. In *re Thall*, 18 N.Y.2d 186, 219 N.E.2d 397, 273 N.Y.S.2d 33 (1966). See also, In *re Bel-lows*, 103 A.D.2d 594, 480 N.Y.S.2d 925 (1984); In *re Harms*, 171 A.D.2d 868, 567 N.Y.S.2d 547 (1991); In *re Larkin*, 9 N.Y.2d 88, 172 N.E.2d 555, 211 N.Y.S.2d 175 (1961). Therefore, before defining any particular phrase, the Court must first glean from the totality of the will the intent of Charles Dumont.

It has been written that "no will has a twin", In *re King*, 200 N.Y. 189, 93 N.E. 484 (1910), and Mr. Dumont's will is no exception. The testator's paragraph "LASTLY" encompassed directives quite infrequently found, and used language that was rarer still. Richard Crawford, Objectants'expert, testified at trial that in his years of experience he had not encountered language such as that which Charles Dumont used. (Crawford, T-104). The bank has admitted the will's uniqueness (Teegardin, T-876 and T-912). Dumont's use alone of the disputed provisions sets his will apart. The fact that he elected to incorporate language regarding the composition of his estate and the retention of stock indicates that a distinct vision existed in his own mind. Furthermore, the extent to which he discussed this also reveals the depth of importance he placed upon it. Trust management was important enough to Mr. Dumont that he directed an entire page out of a seven page will to discussing the composition of his estate and his preferred management scheme.

Mr Dumont dedicated much verbiage in his paragraph "LASTLY" to discuss the fact that his estate would be comprised of a single security and that he preferred that it remain so. It was to be transferred in-kind to his trustee after his estate was settled, and hopefully eventually to the ultimate beneficiaries under his residuary trust. Mr Dumont also requested his fiduciaries to purchase more Kodak stock if more should become available to them. This section of the will provides the reader with a clear understanding that the testator had a strong affinity for Eastman Kodak, and that he ultimately wished to

create a legacy of that affinity for his distant progeny once he passed away.

However, despite this proclivity, Mr. Dumont was also extraordinarily clear that his fiduciaries would have full authority to sell Eastman Kodak stock and manage the corpus of the trust itself:

"My [fiduciaries] are hereby given full power to administer and control my estate and the several trust estates with full power to sell, transfer and dispose of the same [...] it being intended hereby to give to my said [fiduciaries] full and complete authority to hold, administer, sell and invest the whole and every part of my estate and said trust estates [...] (Dumont will, par. "LASTLY")".

There is no disputing the fact that the language which authorizes the sale of stock is worded much more strongly than the language which urges retention. In fact, the empowerment language is written using mandatory terms whereas the retention language which relies upon the phrase "it is my desire and hope" is clearly precatory. Precatory phrases are not binding on a fiduciary (see discussion in *Warren's Heaton on Surrogate's Courts*, § 187.02[8][a]), and Dumont's words "desire and hope", have even less proverbial teeth than precatory phrases at issue in prior cases. See, In *re Flanagan*, 184 Misc. 938, 55 NY Supp.2d 200 (1945).

The placement of language itself within the will is further illuminating as to Mr. Dumont's testamentary intent. All discussion of fiduciary powers comes at the tail end of the trust description, the tail end of the will itself. It is also interesting that within this final paragraph, the powers of sale granted to the fiduciary are discussed first, the precatory retention language is discussed afterward. Foremost in his will, Charles Dumont discussed beneficiaries, specifically his family. In fact he, in his second sentence, referenced the reason for the execution of his June 1,1951 will as being because of a change in his family circumstances: the death of his granddaughter Patricia. Charles Dumont first busied himself with setting forth whom the will is designed to benefit: when, how much, and how; and then discussed the administrative how-to. This reveals that the first focus of Charles Dumont was not to create a trust to retain

**Giurisprudenza**

Kodak stock, but rather to create a trust to benefit the Dumont family and preserve their standard of living. Therefore, it is fair to glean that Mr. Dumont's residuary trust was set up first to benefit his family members, specifically his daughter and granddaughter, and secondarily to provide his descendants with a piece of their economic "heritage", an in-kind distribution of the very stock for which he had expressed such an affinity.

With this intention of the testator at the forefront, the next step is to construe the most critical sentence of the entire will:

"The foregoing provisions shall not prevent my said executors or my said trustee from disposing of all or part of the stock of the Eastman Kodak Company in case there shall be some compelling reason other than diversification of investment for doing so."

Mr. Dumont never defined compelling reason, nor gave any examples of what it might constitute. What Dumont did do was provide his fiduciaries with an example of what "compelling reason" is not: Mr. Dumont required his fiduciary to have a "compelling reason other than diversification" in order to sell Kodak stock. This wording reveals that Dumont himself would have normally deemed diversification a "compelling reason" to sell off part or all of a stock concentration, but in this instance, directed his fiduciary to do otherwise. This suggests to the court two things (1) Mr. Dumont was well aware of the basics of prudent financial management and, (2) he sought to give his fiduciary more leeway than the investment guidelines for fiduciaries would normally have afforded at that time. Fitting this phrase in with the testamentary intent of the will, it seems quite likely that Charles Dumont included the compelling reason phrase to encourage his fiduciary to manage his estate with the air of sentimentality toward Kodak that he himself possessed. The language urging retention of Kodak stock plus the language authorizing sale for compelling reason, taken in light of the language of the entire will, suggests that the fiduciary was to hold Kodak stock as long as was feasible, ideally until the end of the trust's term, as long as the trust's primary purpose, the benefit of Dumont's family, was being accomplish-

ed. Prudent management of the trust would dictate that the trustee was not to blindly manage the corpus but rather hold the Kodak stock, keeping an eye on the Kodak company, the market, and the needs of the beneficiaries, to continually ensure that the trust was accomplishing its purpose. Sale was not prohibited, just not to be pre-emptively or lightly undertaken.

Petitioner's position is that sale of the Kodak stock based solely upon the preservation of the trust corpus would have been a sale for diversification, something which it was prohibited from doing by the terms of the instrument. The court does not adopt this characterization of diversification, and does not believe that petitioner's position mirrors the intent of Charles Dumont. Black's Law Dictionary defines diversification as a removal of risk presented by a concentration:

"Diversification: The act of investing in a wide range of companies to reduce the risk if one sector of the market suffers losses" (Black's Law Dictionary, 7th edition, 1999).

Diversification, therefore is pre-emptive. Diversification is the receipt of a concentrated portfolio, and selling off the majority of the concentration before any hint of problems with the company or stock is received. Diversification is a sale which is done even when the subject company's value is climbing. Conversely, a sale to preserve the value of a trust corpus and ideally to remedy a suffered loss is not the same. Although such a sale could result in a diversified portfolio, diversification would not be the reason for sale, and therefore such an action would be within the ability of the fiduciary under Dumont's directives.

Petitioner argues that its employees properly interpreted the document, thus maintaining that its own definition(s) of compelling reason should be adopted here. The court declines to do so. The bank never developed a uniform definition of this phrase at any time throughout the accounting period. Until 1997, no legal advice as to its meaning was even sought. As such, each employee who picked up the Dumont will was free to make his or her own evaluation of the instrument's terms. Most did so. These opinions of the

language ran the gamut from "very subjective" (Deposition of Mandrino, T-453) to "black and white" (Teegardin, T-646), suggesting even more strongly that a legal opinion was needed because there was room for disagreement in interpretation. R. A. Lewis's testimony revealed that he basically treated the Kodak stock as untouchable. John Fitzpatrick testified that "compelling reason" meant changes in Kodak's business fundamentals. Later he added in the income generated for Margaret Hunter as a consideration (Fitzpatrick, T-1098). John Teegardin's definition was similar to Fitzpatrick's, although he did give lip service to the names of the remainderholders (Teegardin, T-687). Teegardin's actions, supported across the record, show no true concern that the remainderholders' interests were preserved.

The Court does not adopt the bank's definition(s) of "compelling reason". Not only were the definitions ad hoc, informal and not uniform, but they were troubling because they focused upon the Eastman Kodak company and not the beneficiaries of the trust. The bank's definition's emphasis on the Kodak company itself is problematic because the trust was set up to benefit the testator's family, and compelling reason for sale should likely be linked to some compromise of the trust's ability to provide such benefit, not the status of Kodak itself. The bank's focus upon Kodak suggests to the court that the bank adhered to the proposition that the Kodak retention itself was the purpose of the trust.

Furthermore, in regard to the beneficiaries themselves, the bank's compelling reason definition(s) were clearly legally insufficient. A definition of compelling reason which includes the needs of a life income beneficiary but not those of the remainderholders is on its face a breach of fiduciary duty. A trustee has a duty of impartiality among classes of beneficiaries (Restatement of Trusts, 2nd, § 232; *In re Woodin's Estate*, 118 N.Y.S.2d 465, 469 (1952); *In re Kilmer's Will*, 18 Misc.2d 60, 69, 186 N.Y.S.2d 120 (1959)), and therefore any favoritism between them is a not only highly improper, but a significant breach of that fiduciary duty. The bank's primary witness was aware of this duty (Teegardin, T-922-923). The bank's own legal counsel acknowledges that the



compelling reason phrase cannot be construed to alleviate the duty of care (deposition of Smith, T-979), and Mandrino acknowledged this, too (deposition of Mandrino, T-1005), yet this is exactly what the bank did by developing a very one-sided concept of the exception phrase. Proper upholding of fiduciary duty demands equal consideration among beneficiaries as well as consideration of the instructions of the testator.

Deductively, then, “compelling reason” can better be defined as: any factor which should indicate to the fiduciary that the interest of any beneficiary is not being reasonably maintained or protected by the trust, or that the interest of any beneficiary would not continue to be reasonably maintained or protected by the trust, if the trustee were to continue to retain the stock. This definition advances the purposes of the testator as expressed throughout the will and incorporates a balance between his desires and his mandates. It also is equally concerned with income beneficiaries as well as remainderholders. The bank’s conduct over the accounting period will now be evaluated with the above standards in mind.

#### Conduct of the Bank

It is well settled that a fiduciary’s prudence is a test of conduct, not performance. *Matter of Bank of New York*, 35 N.Y.2d 512, 323 N.E.2d 700, 364 N.Y.S.2d 164 (1974); *Matter of Bankers Trust Co.*, 219 A.D.2d 266, 636 N.Y.S.2d 741 (1995); EPTL § 11-2.3(b)(1)). Prudence is not required of fiduciaries; good faith, diligence and loyalty are. *In Re Hubbell*, 302 N.Y. 246, 97 N.E.2d 888). A fiduciary cannot alter the actions of the beneficiaries, the terms of the governing instrument or the realities of the market. A fiduciary must work with what s/he is given. However, it is most certainly clear that a fiduciary’s duty is not absent just because one of the three sides of the trust triangle poses a difficult challenge. High needs beneficiaries, restrictive trust terms, or a depressed market do not offer excuses for a fiduciary to shirk at his tasks, but rather present a heavier challenge attributed to the mantle of fiduciary which s/he has agreed to assume. Here, the two primary areas in which the court has concern are: (1) the bank’s definition of “compelling reason” and its manner of interpreting unique tru-

st terms, and (2) the administration of the trust, specifically its actions in regard to communications with the beneficiaries and the management of the Kodak stock.

#### Interpretation of the Terms of the Trust

Petitioner received letters of trusteeship on February 27, 1956. It was thereafter bound to follow the terms of the document. Petitioner itself asserts this fact (Teegardin, T-908), using it as an argument for why it should not have sold the 95% of the stock on January 31, 1973 (petitioner’s post-trial memorandum, pg 6). The problem with the bank’s argument, however, is that it allows no room for disagreement as to what the terms of the document meant. Testimony on the record shows a lack of uniformity amongst the trust officers’ perceptions of the clarity of the phrase, a red flag that a legal opinion was needed. Instead, the bank’s employees downplayed or even ignored the exception phrase. Most seemed unclear as to whose job it would have been to even raise the issue.

From 1973 to 1976, the trust was managed by R.A. Lewis and Thomas Brown. Lewis testified that he did not recall forming a definition of compelling reason, and did not forward the trust for an external evaluation. Thomas Brown was never even presented for testimony, despite his critical nature to this proceeding and the strong suggestion in the record that the bank was well aware of his whereabouts (Lewis, T-520). This suggests that he would have nothing to offer in the bank’s defense. Lewis testified that during the early years of the accounting period, trusts went through an annual, formal review process but that he had no recollection of whether this was documented. There is no evidence in the record that either Lewis or Brown attempted to glean a legal opinion of the language in the will, and no testimony that Lewis ever even noted the exception phrase and/or formed his own definition of when it might need to be invoked. From Lewis’s testimony, he seemed content with Margaret Hunter’s “preference” for retention of Kodak stock (Lewis, T-520), and his adopted default interpretation that the will unequivocally directed retention (Lewis, T-506). Most tellingly, throughout this three year period, there are no copies of corresponden-

ce, no copies of review forms, no internal memos regarding the trust’s terms, no documentation whatsoever as to the investment strategy of the trust or the performance of Eastman Kodak.

The complete lack of documentation alone is itself a breach of trust. *Matter of John D. Rockefeller, Jr.* NYLJ, March 1, 2004, at 31. See also, *In Re Reckendorfer’s Estate*, 307 NY 165, 120 N.E.2d 696 (1954). Objectants’ expert Loren Ross testified to the extreme importance of keeping records as a part of prudent monitoring of a portfolio (Ross, T-180-181). Taken in conjunction with the testimony from Lewis, it shows a lack of due consideration paid to this trust by the bank. Coupled with the lack of any testimony from Brown, it suggests that portfolio management of the Dumont trust during Brown’s tenure was negligible at best and certainly below the standard of care required of a fiduciary.

John F. Teegardin, the primary witness for the bank, testified that he first read the Dumont will when he assumed responsibility for the trust in 1976. Teegardin was one of only two trust officers who testified to seeking, of his own accord, additional opinions on the meaning of “compelling reason”. Russell Mandrino had informally asked Don Easterly, a colleague who had a legal education, for his opinion. (deposition of Mandrino, T-450). Teegardin said that he sought out opinions on the matter from “superiors” (Teegardin, T-689), some of whom were legally trained. Teegardin’s testimony, however, is contradictory. He testified that “compelling reason” was not normal language in a trust instrument, and that the language was carefully scrutinized (Teegardin, T-638-639). However, he testified even more strongly that he believed the document to be without ambiguity: “the language was right there, in black and white” (Teegardin, T-646), and that the will clearly laid out an investment plan (Teegardin, T-656), suggesting that he truly felt that the will required no detailed scrutiny at all. From the testimony of Teegardin, it is apparent that he believed strongly in his own ability to unilaterally interpret the trust and was moved only to seek supervisory validation of his own opinion, not a true external evaluation (Teegardin, T-916). After di-

**Giurisprudenza**

scussing the matter with his supervisors, Teegardin was no more moved to explore the compelling reason language further (Teegardin, T-694), and thus the exception phrase became again a non-issue in the day-to-day administration of the trust. Whether the banks' lack of concern over the exception language was encouraged by Teegardin's superiors or whether it was a result of an under-emphasized scenario from Teegardin himself (his own actions revealed his personal belief that the Kodak stock was effectively not ever to be sold, T-908), or possibly an issue of wording as he asked for advice (Teegardin, T-914-916), the record does not reveal. However, it is clear that neither Teegardin himself, nor the bank as an institution saw any need to obtain a different interpretation of compelling reason, than the very narrow and legally insufficient one which Teegardin had adopted.

The arrival of John Fitzpatrick as the Dumont trust's portfolio manager provided little change to the prior lack of concern which the bank exhibited toward the uniqueness of the trust's language. Fitzpatrick testified that the language was a "straightforward matter" (Fitzpatrick, T-1094), yet he admits that he did not give the will a thorough attentive read, in fact quite possibly upon assuming the helm, did not even read the entire trust (Fitzpatrick, T-1089). He had no discussions with Teegardin regarding prior administration or management (Fitzpatrick, T-1085), and did not of his own accord seek legal opinion of its terms. Fitzpatrick's testimony does show that he diligently monitored Eastman Kodak, but because he was operating from the presumption that retention of Kodak stock was unequivocal (Fitzpatrick, T-1094), this translated into no major portfolio changes for the trust. Russell Mandrino, trust administrator during Fitzpatrick's tenure, also did not earmark the trust for external review. Mandrino was not presented for testimony at trial, but from his transcripts alone, Mandrino offered no unique approach to this trust and was vocal about the fact that he believed trust interpretation on this issue was not his responsibility (deposition of Mandrino, T-1006).

For the first three years of this accounting period, there is a complete dearth of evidence that the bank's em-

ployees truly even noticed this trust. Then, for over nineteen years, the bank gave complete and utter responsibility for this trust to one, non-legally trained and rather fresh-on-the-field man. Teegardin was only five years out of college when he assumed responsibility for the Dumont trust. This trust was the most "significant" account of his tenure with the bank. (Teegardin, T-691). Throughout most of the accounting period, Teegardin had exclusive authority for forming a legal opinion as to the trust's terms, complete discretion over the execution of these terms, and complete and unilateral control over communicating any and/or all of this information to the beneficiaries or to his superiors. The final few years of the accounting period returned this trust to a regime where it was managed by two separate officers, but unfortunately even this return to a review by two pairs of eyes did the trust no better than prior treatment.

The bank's answer to the exclusive or near-exclusive authority of its trust officer(s) is the existence of the Investment Review Committee ("IRC"). This committee existed to give annual reviews to every trust over which it had fiduciary responsibility. All of the trust officers in testimony cited to this "formal" annual review, and it was presented by the bank as being an in-depth evaluation of all circumstances involving the trust, by a various mix of professionals within the bank, at least once per year.

In truth, the IRC was a rubber-stamp process and was ill-equipped to handle unique accounts, or even to identify them. After 1976, the record includes copies of the forms submitted to the IRC. These forms were usually prepared by the trust administrator and signed by the portfolio manager and provided to the IRC at the time of the annual presentations. In the name of disclosure, each form in the record had the appropriate box checked to indicate the existence of a concentration within the Dumont trust, with the simple explanation "Instrument Directs Retention", or something nearly identical. At no place on any of the IRC forms over the entire accounting period, was there any hint that Charles Dumont's language was not absolute. None of the trust officers even hinted to the commit-

tee that there was any type of discretionary or interpretive issue involved. Before he became portfolio manager of the Dumont trust, John Fitzpatrick sat on the Investment Review Committee. He testified that he recalled no conversation at any IRC meeting regarding the compelling reason phrase of the Dumont trust. (Fitzpatrick, T-436).

The committee never questioned this black and white interpretation, even when provided with an excerpt of the will for reference. This could partially be because the presentation to the committee was revealed to be less a presentation than a submission of forms for quick authorization. Teegardin testified that his annual presentations to the committee lasted about twenty minutes, and that on average, he presented eight to fifteen accounts each time (Teegardin, T-834-835). No meaningful discussion could be had on the nuances of Dumont's language or the existence of external circumstances possibly warranting sale, in the mere two minutes of average attention the Dumont trust received from the IRC once per year. The IRC was not equipped to review interpretation of the trust, the needs of the beneficiaries, the business dealings of Eastman Kodak or the realities of the market. This is not so much due to problems with the forum itself or its professional composition as it was due to the manner and the lack of frequency in which the trusts were presented. The IRC was little more than a reason for the trust officers to pick up the file, and possibly to communicate to each other in order to generate paperwork for an amalgamation of superiors to almost blindly sign their approval. As such, the actions of the IRC were far from the adequate attention which the bank asserts that it paid, either to the exception phrase of the trust or the external factors which could trigger it.

The bank's overall approach to the terms of this trust was problematic for several reasons. First and foremost was the fact that the employees responsible for its management were given near exclusive control on document interpretation with no true check on their actions. This allowed for the development of a default management plan whereby no active involvement on the bank's behalf was required. The precedent which precipita-

ted, a “maintain Kodak stock at all costs” mindset, allowed the bank to avoid performing any portfolio management while still collecting its standard fiduciary commissions. Although there was no evidence of bad faith or willful malfeasance on the part of the bank’s employees, each’s interpretation that the trust required no portfolio intervention created an ongoing, self-perpetuating atmosphere of neglect.

Richard Crawford, one of objectant’s experts, testified that the proper way to address unique terms of a trust would be first to utilize a “team resolve” approach wherein a group of the bank’s own employees would meet to determine a uniform resolution to a trust’s phraseology (Crawford, T-107). If no consensus was reached, the matter should then be forwarded to counsel for preparation of a legal opinion. Finally, if necessary, a request for a judicial construction would be in order. The record shows that the IRC was no “team approach” and the bank had no other adequate version of this methodology. Despite the fact that counsel was available to the trust officers throughout the entire accounting period (deposition of Richard Smith, T-962), no opinion on the exception phrase was requested until demanded by the beneficiary. Despite the fact that the bank could have sought a judicial determination of the phrase, and that a construction could have greatly aided the bank and also significantly reduced potential liability in this matter, a court proceeding was never suggested by any employee.

The second problem with the bank’s approach is that within its own internal structure, it did not clearly specify whose job it was to handle questions of document interpretation on management directives. Trust Administrators primarily had responsibility of document interpretations and making discretionary calls when it came to payments, but in no way touched the actual investment decisions of the trust. Portfolio Managers, accustomed to freedom in investment decisions based solely on the needs/ages of the beneficiaries, were not typically called upon to perform constructions. The result of this was that where two separate officers were responsible for the trust, they each

assumed the task of interpreting an investment provision belonged to the other. Communication between the two was apparently infrequent, and rather than working as a unit to address the trust, they each went their separate ways. Their hindsight response was to point fingers (Deposition of Mandrino, T-1006, T-1010; Fitzpatrick, T-996). Since after the passage of an entire generation and much litigation, it is still not clear whose job it was to interpret Dumont’s exception phrase, apparently the bank had holes in its personnel coverage of duties as well as an imperfect review procedure.

Thirdly, the bank never attempted to prospectively define any triggering criteria which would raise a red flag for the trust officer in charge to raise the necessity of an immediate and more in-depth review. Good practice would dictate that upon the occurrence of a pre-determined significant event (such as a precipitous decline in stock value) the trust would undergo some form of intensive review to make sure that fiduciary duty is being properly upheld. Good practice would dictate a before-the-fall type of analysis to attempt to identify proper triggers which would call for such a review. Good practice would dictate complete documentation of all of these processes (Fitzpatrick, T-1124). It took legal advice (memorandum of law, Smith to Mandrino, December 1, 1997, Exhibit 18), begrudgingly requested, nearly forty years after the funding of this trust and twenty-four years after the accounting period began, for the bank to appreciate this.

The bank’s lack of proper address of the unique terms of this trust would be unacceptable for any corporate fiduciary. Petitioner, however, had held itself out as pre-eminent in the field of trust management, advertising itself as offering a special expertise in this area. (Teegardin, T-920). Petitioner’s own marketing brochure, admitted into evidence (Exhibit 27) advertised itself as “offering more than cookie-cutter solutions” to trust management. Petitioner’s assertions that it had special skills in this particular area further raised the standard of care to be applied to its actions (EPTL § 11-2.2(a)(1); Restatement of Trusts 2nd § 174), a standard which it failed to meet.

Communications with the Beneficiaries

The death of Blanche Hunter on December 29, 1972 represented a change in the life income beneficiary of the Dumont trust and became a convenient end date for the first accounting period. The bank was unavoidably aware of Blanche Hunter’s death, since the bank had fiduciary responsibility in administering her estate and subsequent testamentary trusts. There was overlap between the officers who managed the Dumont trust as well as those who administered the Blanche Hunter estate. (Lewis, T-481). The bank argues that the death of Blanche Hunter specifically triggered little for the Dumont trust because Margaret Hunter was receiving all of the trust income, pursuant to the sprinkle authority, prior to Blanche Hunter’s death. According to the bank, Margaret Hunter’s receipt of the trust income in 1973 was no different than her receipt of its income in 1972: “the income from the Dumont trust was being distributed to Margaret Hunter even during Blanche Hunter’s lifetime. So, nothing changed”. (Teegardin, T-658-659). Such an argument does not aid the bank’s defense that it was indeed prudently monitoring this trust.

The death of Blanche Hunter was a triggering event for the trust, in that afterward Margaret Hunter became the sole measuring life by which the investment horizon would be determined. Upon Blanche Hunter’s death, the powers of the trustee became much more limited with regard to the distribution of income- the sprinkle authorization in place during Blanche Hunter’s lifetime ceased at her death, and the trustee was thereafter obligated to distribute all income to Margaret Hunter. There can be no argument over the fact that the trust would need to be managed in a different manner after Blanche Hunter’s death than before, since the needs of an entirely new beneficiary had been introduced. Although Margaret Hunter received income prior to Blanche Hunter’s death, this was pursuant to a discretionary provision and she had no right to expect, rely upon or affect the amount of this income stream, even if she had been destitute otherwise.

The death of Blanche Hunter should have turned the bank’s attention to Mar-

## Giurisprudenza

garet Hunter as income beneficiary of the trust, and should have immediately initiated discussions between the trust officers and Margaret Hunter as to the trust's terms, the performance of Eastman Kodak and the general market, and the needs and desires of Margaret Hunter for her own income stream. Objectants' expert testified that this was the appropriate strategy to take. (Crawford, T-106). The change in discretionary authority upon Blanche Hunter's death should have prompted a discussion with Margaret Hunter, to notify her of the change in her status from future interest holder to present interest holder, and the corresponding changes in management this would precipitate. No such communication was had (Deposition of Hunter, T-606). The bank's view that Blanche Hunter's death created no real change in the trust could only exist if the trust was receiving no meaningful and thorough review, as if the decision to forward the trust's income to Margaret Hunter had not been re-evaluated or even re-addressed since 1958, when it was first made. It also reveals that the bank was not actively comparing the income yield to the needs of the beneficiary entitled to receive it. The bank's argument that Blanche Hunter's death changed the trust little completely ignores the fact that Margaret Hunter's status changed immensely upon the death of her mother. After December 29, 1972, Margaret Hunter had a right to receive income, and with it, a right to demand a reasonable yield from the trust.

The precedent of inadequate communication which was set upon the change of generations was continued throughout the accounting period. When Teegardin assumed the role of portfolio manager he gradually began to take over as Margaret Hunter's primary contact at the bank. While the record shows an increase in the overall amount of communication between Margaret Hunter and the bank during Teegardin's tenure, this communication was not frequent. Furthermore, when communications did occur, the record shows that time and time again the Dumont trust had little or no bearing on the topic of discussion. Most of the communications between the bank and Margaret Hunter instead dealt with the other accounts held by the Dumont/Hunter family, or the performance of Kodak in ge-

neral. It is unsurprising that for many years Margaret Hunter was not looking at the individual performance of her distinct sources of income, since the bank tended to lump it all together when discussing it with her. The bank's lack of specificity is underscored by Margaret Hunter's deposition testimony, where when she was repeatedly questioned regarding the conversations between her and the trust officers, each time she responded that the topic was simply, "money". (Deposition of Hunter, T-606-607).

Even if the bank had offered evidence of copious communications with Margaret Hunter over the accounting period, the fact that most did not touch upon the trust entity subject to this lawsuit deems them only marginally relevant. Discussions regarding Margaret Hunter's personal holdings, her daughters' accounts, or the latest local puffing of Kodak do not stand as evidence that the trustee and the beneficiary were in communion on the trustee's interpretation of the trust or the needs of Margaret Hunter.

Furthermore, many of the communications in the early years seemed to take the form of the trust officer "informing" Margaret Hunter of the bank's inability to sell Kodak stock: "I told her that her grandfather specifically requested, directed in his will, that the Eastman Kodak be retained." (Teegardin, T-650). The fact that the trust officers put forth their own informally-made understanding of "compelling reason" as an institutional mandate by the bank was deceiving and improper. Margaret Hunter testified that she had been under the belief that the Kodak stock in the Dumont trust could not be sold (Deposition of Hunter, T-614). The bank accepted Margaret Hunter's initial lack of argument as a consent to retain Eastman Kodak and pursued the matter with her no further. Not surprisingly, her later retention of counsel and eventual litigation seemed to have caught the bank off guard.

The bank's communications, when they occurred, with the remainderholders followed a similar vein. On one occasion, Pamela telephoned Teegardin, concerned by a drop in Kodak stock. Teegardin informed her that she had nothing to worry about. (Deposition of Creighton, T-444).

Teegardin did not discuss long-term needs with Alice Creighton (Teegardin, T-410), even though he was portfolio manager for nearly four years before she died and she had reached the age of majority. Although his communications with Pamela had been relatively regular after she reached the age of majority (deposition of Creighton, T-442-443) these discussions were notably initiated by Pamela herself; rarely, if ever addressed the Dumont trust (Deposition of Creighton, T-445); and never addressed the trust's exception language (Deposition of Teegardin, T-419). John Fitzpatrick spoke with Pamela, but never about the Dumont trust (Fitzpatrick, T-1089).

Ironically, although Margaret Hunter did not receive much attention from the bank in her role as Dumont trust beneficiary, she received a great deal of attention in her individual capacity. The weight of evidence in the record shows that the bank was not so focused upon the Dumont trust as it was upon Margaret Hunter herself. Margaret Hunter represented a great source of potential revenue for the bank and the bank therefore courted her as an individual client. At the beginning of the accounting period, Margaret Hunter had had a simple custodial account with the bank into which the income from the Dumont trust was deposited. This account earned the bank \$500 in fees per year (Teegardin, T-848). Despite the bank's own concession that Margaret Hunter had not wanted her personal holdings of Kodak to be "managed" (Teegardin, T-668), Teegardin convinced Margaret Hunter to switch her custodial account to an investment management account, whereby the bank continued to retain Kodak stock per Margaret Hunter's directives, but now received over \$5000 annually in fees.

Possibly to Teegardin's credit (*vis-à-vis* Margaret Hunter), he was attempting through the establishment of the Investment Management Account, to convince Margaret Hunter to diversify some of her own Eastman Kodak holdings. His intent was that if the Dumont trust itself could not be divested of Kodak stock, Margaret Hunter could (Teegardin, T-848). This is one of the bank's primary defenses in this lawsuit, the idea being that it did what it could to diversify the "situation" and thus

acted prudently. The problem with this argument and the thought process behind it is that Margaret Hunter is not the only Dumont trust beneficiary to whom the bank held a duty of care. In the quest to manage Margaret Hunter's holdings, the concept that the Kodak stock in the Dumont trust was untouchable became more deeply entrenched into the bank's approach, and eventually any type of management of the funds in the Dumont trust seemed to be forgotten altogether.

#### Breach of Fiduciary Duty

The bank was charged with upholding the terms of the trust: "In making investments of trust funds the trustee is under a duty to the beneficiary to conform to the terms of the trust" *In Re Goebel's Estate*, 177 Misc. 553, 554, 31 N.Y.S.2d 7 (1941). As such, the bank ought to have diligently explored the meaning and the intent behind the words Charles Dumont used. This is especially true given the uniqueness of the terms of the trust, and the fact that the document directed a course of fund management which goes against the grain. Retention clauses are valid even though they advocate a holding strategy which has been deemed imprudent in the absence of such a clause (*In re Estate of Janes*, 165 Misc.2d 743, 630 N.Y.S.2d 472 (1995)), and which has not been encouraged by current statutory directives (Prudent Investor Act, EPTL 11-2.3). However, it is also clear that their validity does not authorize a "do nothing" strategy (*In Re Hubbell*, 302 N.Y. 246, 97 N.E.2d 888 (1951)), and does not insulate the fiduciary from liability where the fiduciary's actions were imprudent.

Where a fiduciary is administering an estate under directives of a retention clause, it is incumbent upon that fiduciary to develop a uniform understanding of the testator's words, basing such a definition on the input of an experienced team of industry professionals, preferably under the guidance of in-house legal advice. It is also critical that the fiduciary's actions reflect an understanding that a retention clause does not exculpate itself from poor judgment and laziness, but instead that a retention clause almost requires a greater level of diligence and work, as prudent management of the estate will demand a delicate balancing act.

The Dumont trust was awkwardly worded. Admittedly, the paragraph "LASTLY" presents a large challenge to a fiduciary desirous of direction on a prudent course of action. Nevertheless, such impediments to ease of management ought not to be considered impediments to prudent management. The failure of the bank to properly interpret the trust, to even properly try to address it, and the bank's complacent adoption of a default meaning that was the least work intensive and yet the most profitable is not excused by the trust's terms. The activities of the bank in this regard represent a breach of fiduciary duty.

Furthermore, because the Dumont trust contained an exception clause that authorized sale of the Kodak stock if necessary to protect the interests of the beneficiaries, it was imperative that the bank engage in regular discussions with those beneficiaries to ensure that the trust was fulfilling its purpose and to verify that compelling reason did not exist. The bank could not prudently manage this trust without acquiring such information, since input from the beneficiaries was necessary to determine that the trust's terms were carried out. Because the bank did not perform the frequent content-relevant communications it would have needed to do in order to ascertain that the trust was being properly administered, the failure to do so also represents a breach of fiduciary duty.

Thirdly, the bank also had the duty to treat beneficiaries impartially. Its adoption of a one-sided definition of compelling reason, addressing only the needs of the life income beneficiary, is a clear breach of this duty. Likewise, so was the incorporation of a financial strategy to diversify Margaret Hunter's holdings rather than to address the difficult retention language in the trust.

#### Existence of Compelling Reason and Causation of Loss

This case provides an interesting bifurcation on the issue of liability. Even though the court has found that the bank breached its fiduciary duty to the beneficiaries, this breach will not necessarily indicate personal liability without a finding that compelling reason for sale existed. Objectants claim the existence of two

compelling reasons which should have prompted the bank to sell most of the Kodak stock by January 31, 1973. The first is the low yield of Kodak stock during this time frame. The second is the risk presented to the remainderholders by the concentration itself. The latter will be addressed first.

#### Risk of the Concentration, Preservation of the Corpus

Objectants propound that the risk created by the concentration was itself a compelling reason to justify sale of the stock on or before January 31, 1973. Although objectants have based a great deal of trial testimony on supporting this argument, the court does not adopt it. Charles Dumont knew when he was creating his will that he was creating a concentration in stock. The family's wealth was and had been deeply entwined with the Eastman Kodak company. Faith on the performance of one singular company was not a new concept to Charles Dumont. Furthermore, if the Kodak concentration alone was a compelling reason to sell the stock in 1973, it would have been also a compelling reason to sell the stock in 1958, when the trust was funded. Under this logic, Charles Dumont's retention directives would have been meaningless, as "compelling reason" to sell the Kodak stock would have existed the second the trust was funded. As Loren Ross testified, volatility (risk) can be positive as well as negative, as there is always a "risk" of the stock appreciating in value (Ross, T-177).

Objectants' argument also fails to address the remainder of Dumont's language: "compelling reason other than diversification". According to the testator, diversification would normally be a compelling reason to sell the Kodak stock, but in this instance Dumont directed that the stock not be sold for diversification. Objectants' assertion that the risk presented by the concentration was, by itself, a compelling reason to sell the stock, advocates a plan which, although termed differently by objectants, is nothing more than (pre-emptive) diversification, which was not authorized by the document. Objectants' expert, Loren Ross, testified that removing the concentration would only be had by diversifying the portfolio (Ross, T-248). Ross attempted to testify

**Giurisprudenza**

that diversification was not the flipside of concentration, but when asked to more fully explain himself, the options which he listed to remove a concentration all entailed some form of sale to broaden the number or type of investment issues in the portfolio (Ross, T-241). Objectants therefore have not proved, to the court's satisfaction, that there is a way to eliminate the risk presented by a stock concentration without diversifying the portfolio. The court believes that a preemptive sale of Kodak (which a sale within a month of the start of the accounting period would have been: two days after the death of Blanche Hunter Kodak stock was at an all-time month end high), based upon the risk of concentration in Kodak alone, was exactly a sale which Charles Dumont directed his fiduciary to avoid.

However, despite the court's rejection of objectants' position that the mere risk of the concentration was compelling reason, the court does not believe that Mr. Dumont wished his trustee to retain the stock despite ongoing, significant losses which jeopardized the value of the corpus. There is a line to be drawn between risk of possible future loss, and the mitigation of substantial, present and continuing loss. The latter should have been recognized and dealt with as a part of protecting the needs of the remainderholders and preserving the testator's intent to benefit his granddaughters, whereas the first is an exercise in speculation which was outright prohibited by the instrument.

The bank argues that it was essentially prohibited from selling the Kodak stock on the basis of the preservation of the corpus, because to do so would have been diversification and was prohibited. This does not convince the court. Taken to its logical extreme, petitioner's argument would claim that petitioner's hands were tied, no matter how far the stock fell in value. The court does not believe that this was the intent of Charles Dumont. Nor does the bank's interpretation pass the test articulated in *Hubbell*, where a strongly worded retention clause must still be subject to the element of prudence. A trustee has a duty to preserve the corpus of a trust. Restatement of Trusts, 2nd § 176. See also, Restatement of Trusts 2nd, § 181. A significant drop in stock

value such that this duty to preserve is compromised, would dictate that a prudent action by the trustee would be to sell the falling stock and attempt to regain the losses sustained to the corpus. Where prudence dictates sale, a retention clause is superseded. *In re Hubbell*, 302 N.Y. 246, 97 N.E.2d 888 (1951). There is no colorable argument that the bank's continued retention of Kodak stock despite an ongoing, significant and continual loss in value was at all prudent when it had an exception phrase so clearly placed in the document, presumably to address such a possible circumstance. The risk presented by the concentration itself may not have been compelling reason for sale, but the actual, substantial loss and lack of viable hope of long term gain was. The court finds that if the bank had been prudently monitoring this trust, it would not have continued to retain the near-exclusive concentration of Kodak stock as it did until 2002. Therefore, the failure of the bank to adequately carry out its fiduciary duties directly resulted in objectants' loss.

As a defense, the bank argues that there is no way it could have known, in January 1973, that Eastman Kodak was about to take the loss which it did. It is essentially making an argument that the investment of Kodak stock at that time was a prudent one.

Objectants have sought to bar the bank from making this argument, asking the court to disregard any of the bank's proffered evidence that Eastman Kodak was a good and sound investment. Objectants rely on the doctrine of collateral estoppel and on the premise that this was an issue already decided against the bank in the *Janes* case 165 Misc.2d 743, 630 N.Y.S.2d 472 (1995). While the objectants are correct that this case deals with the same bank, the same stock, and the same time frame, the court disagrees that this case involves the same "issue", a requirement for the application of the doctrine. In *Janes*, the issue was the prudent management of an executor acting under no testamentary direction for fund management. Here, the issue is the prudent management of a trustee acting under a retention clause. There are vastly different standards for prudence between the two, even given the uncanny factual similarities.

The court agrees with the bank that on January 31, 1973, the bank did not act imprudently in retaining the Kodak stock, given the existence of the retention clause. January 31, 1973 was a mere month after the beginning of the second accounting period, and Kodak was enjoying a great high. After the beginning of 1973, however, the tide quickly turns. For every positive statement toward Eastman Kodak which the petitioner introduced at trial, the objectants introduced a negative. Financial management is an art as well as a science, and eventually there became a point where steeply declining values of stock (\$140.88 in January 1973, \$136 in August of 1973, and \$116 in December of 1973) should have raised a red flag to the trust officers. The losses sustained by the trust early in the year ought to have indicated an ongoing problem, and the major drop that November ought to have revealed that compelling reason existed to sell off part of the stock in order to re-generate and hopefully preserve the corpus.

The last independent report on Kodak which was received at trial was a Valueline report dated January 11, 1974 (Exhibit P264). Compared with the 1973 reports, which show an almost boundless enthusiasm for Kodak, the January 1974 report is so subdued that the absence of copious praise for Kodak suggests a major change in field's perception of the company. Very notably, after January of 1974, the record contains no independent evaluations. The reports submitted were instead generated by the bank's own in-house committee, reports which have little probative value given the fact that the bank was Kodak's transfer agent at the time. It is therefore the court's holding that compelling reason existed to sell off the concentration of Eastman Kodak stock by January of 1974, and that such sale ought to have occurred on or before January 31, 1974.

**Low Income Yield**

Objectants also argue that the extremely low yield of Kodak stock in January 1973 was a compelling reason for sale. Objectants' expert testified that in January 1973, Eastman Kodak was yielding a 1.06% return in income. Comparatively, the S&P was yielding 2.75%, long term government bonds: 6.75%, and trea-

sure bills “a couple of percent” (Ross, T-200-201). The bank has not argued that under everyday circumstances the extremely low yield of Eastman Kodak was an appropriate yield for a trust. Instead it argues that under the totality of the circumstances, the yield was reasonable and therefore not compelling reason for sale. The bank justifies this by stating that Margaret Hunter had extensive external assets in her own name and therefore was not in need of additional return from the Dumont trust.

It is clear that a fiduciary has a duty to produce a reasonable income for a trust. It is also clear that the bank was operating under a retention clause that forbid sale of the Kodak stock without a compelling reason. However, the extremely low yield of Eastman Kodak in early 1973 should have prompted the bank to engage in a more thorough and frequent review of the trust. The trustee had a duty to produce reasonable income for the trust. This duty is to the trust itself, not the beneficiary, which the petitioner has conceded. As of Blanche Hunter's death, Margaret Hunter had the right to expect a reasonable income percentage from the Dumont trust. Margaret Hunter's right to a reasonable income from the trust was not being adequately met by the trust, since the yield of Kodak was so poor. The yield of Eastman Kodak during this time was so low that it was less than half of the average yield of the S&P. Objectants' expert Richard Crawford testified that a 2% yield was not reasonable for 1973. (Crawford, T-131). Objectants' expert Loren Ross testified that the 1973 Kodak yield was “extremely low” (Ross, T-200). Petitioner's own witness, John F. Teegardin, also admitted that it was a low return (Teegardin, T-463). With no statistical evidence showing otherwise, the court believes that a yield less than half of a “normal” yield is not a reasonable yield. The low yield of Kodak during this “snapshot in time” may not in and of itself have warranted immediate sale of the stock, but it should have prompted the bank to scrutinize the trust and its principal stock to ensure that the trust was meeting the needs of Dumont's beneficiaries. Closer attention paid to this trust should have resulted in the recognition that by January of 1974, the low yield of Eastman Kodak, coupled with a steep decline in

Kodak's stock value, represented a compelling reason for the bank to sell part of the stock concentration.

As a defense, the bank argues that Margaret Hunter's external income was so extensively large that under the totality of the circumstances the low Kodak yield was reasonable. In truth, the bank's actions revealed an overconfidence in the fact that Margaret Hunter's individually-owned wealth meant that she was somehow not entitled to a more typical yield. John Fitzpatrick put it bluntly:

“[Because of Margaret Hunter's extensive external assets] I didn't even think more than five seconds about the level of income from the Dumont trust” (Fitzpatrick, T-1099).

The court does not accept this argument. The law protects the wealthy no less than the poor. The duty to produce reasonable income is a duty to the trust itself, not the income beneficiary. The extremely low yield of Kodak stock taken over the course of time, ought to have triggered deeper evaluation by the bank. Only at this point should Margaret Hunter's income become a factor in the evaluation, used possibly to justify a lower than normally-acceptable yield as being yet “reasonable” under the circumstances. Critically, though, this is the second step in the process, not the first, and it is to be taken with input from Margaret Hunter. The bank's suggestion that Margaret Hunter somehow approved of the income generated does not withstand scrutiny. Like in the *Janes* case, 165 Misc.2d 743, 630 N.Y.S.2d 472 (1995), Margaret Hunter was not truly consulted on the matter and did not give any written direction or waiver to the bank. The bank cannot expect that a handful of statements given by Margaret Hunter to the trust officers could be construed as consent to retain. True consent is informed and freely given. This was neither, nor was it reduced to writing or documented in any way.

The initiation of these discussions was the bank's responsibility because of its status as a corporate fiduciary and skill in the field, and because it was collecting commissions for its services. It was also the bank's responsibility because it was the bank's duty to properly interpret the document, including the phrase “compel-

ling reason”. To do so adequately it needed input from the beneficiaries, which it did not do.

The bank's own definition of compelling reason included the needs of Margaret Hunter. However, its procedure for monitoring this trust contained no mechanism whereby it could elicit input as to what her needs were. The court previously discussed and held that this management style was a breach of bank's fiduciary duty. The lack of proper analysis of the trust's terms and lack of communications with Margaret Hunter directly caused it to avoid selling the stock, despite a compelling reason for sale, and therefore caused a loss to the objectants.

The bank argues that objectants' date of January 31, 1973 figures Kodak income yield over the course of only one month. The bank contends that the usage of this date is only a “snapshot in time”, is not truly determinative of yield, and therefore should not be used as the date by which to measure damages. The court agrees. Rash actions on the part of fiduciaries are not desired. Income yield is best evaluated over the course of several months to determine an appropriate average. Although discussing the term of time in the context of preservation of principal, Loren Ross testified that his evaluation of the stock would have encompassed a six to nine month period. (Ross, T-224).

Income yield of Kodak, figured over the course of nine months, ought to have elicited the bank to hold more thorough reviews and persuaded the bank to begin engaging in discussions with beneficiaries. Therefore, despite the external assets of Margaret Hunter, the low income yield of Kodak was compelling reason for sale by January 1974 and the bank ought to have divested itself of the Kodak concentration on or before January 31, 1974.

#### Damages

The court held above that the bank ought to have divested itself of the Eastman Kodak concentration on or before January 31, 1974. Of course, concentration has a different meanings to different people. The bank's policy at the time held that any stock comprising more than 20% of a portfolio was a concentration (Te-

## Giurisprudenza

gardin, T-887), objectants'experts testified that this number could be appropriate at 10-15% (Crawford, T-113) but that anything over five percent would traditionally be deemed problematic (Crawford, T-114). Loren Ross testified that he would have sold up to 95% of the Eastman Kodak stock (Ross, T-224). When the bank finally did sell the Kodak stock, it sold 100% of the stock (Exhibit. P1-Second Intermediate Accounting, schedule F). The court finds that at the point where the bank ought to have divested itself of the Kodak concentration, it ought to have sold 95% of the Eastman Kodak stock.

With regard to the factoring of capital gains taxes in the calculation of damages, the Court agrees with the bank that *Matter of Saxton*, 274 A.D.2d 110, 712 N.Y.S.2d 225 (2000), controls. The proper calculation of damages in this matter must take into account capital gains taxes which would have been incurred in 1974 had the Kodak stock ac-

tually been sold. A hypothetical sale of 95% of the Kodak stock on January 31, 1974 would have yielded \$4,130,243.10. The capital gains tax which would have been incurred from such a sale would have been \$1,402,314.46, leaving a net amount of \$2,727,928.64.

The award of interest is within the discretion of the trial court. *In re Janes*, 90 N.Y.2d 41, 55, 681 N.E.2d 332, 659 N.Y.S.2d 165 (1997). Where interest is awarded however it should be offset by the amount of income attributable to the retained assets. *Id.* The court agrees with objectants regarding the imposition of statutory interest, compounded. This was done in *Janes*, 223 A.D.2d 20, 643 N.Y.S.2d 972 (1996), and the court feels that it is appropriate here, especially since this case deals with a trust, covering a significant period of time. The court therefore awards objectants statutory interest, compounded annually. The interest computed from February 1, 1974 until September 15, 2003 totals

\$25,759,431.67. As was stated in *Janes*, the surcharge amount is to be offset by the dividends received by Margaret Hunter during the accounting period (\$3,840,671) and the actual sales proceeds of the Kodak stock (\$3,688,386).

Finally, the court believes it is appropriate to grant objectants' request to deny commissions in this matter. Although the court found that compelling reason did not exist to sell the Kodak stock until January 31, 1974, it is clear that the bank's imprudent actions and policies existed by the time the accounting period even began. As such, the court orders that commissions paid to the trustee over the course of the accounting period shall be returned to the corpus of the trust, with statutory interest compounded annually on the same. All requests for legal fees are denied.

Accordingly, the trustee is hereby surcharged \$20,958,303.31. Submit order accordingly.



# Esercizio di un potere discrezionale e diritto di informazione dei beneficiari

Inghilterra e Galles — Court of Appeal

**Trust discrezionale – potere di anticipazione del trustee – distribuzione discrezionale del reddito – consenso degli “appointors” – diritto di informazione dei beneficiari – estensione**

Court of Appeal, Harman, Danckwerts, Salmon, L.JJ, 26 novembre 1964 [In re Londonderry's Settlement, Peat and others v Walsh]

*Il trustee che abbia esercitato in buona fede un proprio potere discrezionale non è tenuto a divulgare ai beneficiari i documenti dai quali risultino le motivazioni alla base della decisione adottata, in quanto si tratta di documenti che per loro natura devono restare riservati e non rientrano tra i c.d. “trust documents”, ai quali soltanto i beneficiari hanno accesso.*

Sono “trust documents” quei documenti che abbiano le seguenti caratteristiche: siano detenuti dal trustee nella sua qualità di trustee, contengano informazioni che i beneficiari hanno diritto di conoscere e siano oggetti di un proprietary interest dei beneficiari stessi.

## Sommario

Sul tema di diritto dei beneficiari a prendere visione dei documenti del trust sono state pubblicate in questa Rivista diverse sentenze(1): alcuni principi generali sono stati introdotti con la pronuncia qui di seguito riportata, nella quale, peraltro, viene precisato che quanto ivi statuito non deve essere considerato esaustivo della materia, né deve trovare necessariamente applicazione in ogni circostanza o in maniera rigida ed inflessibile. D'altronde, questi stessi principi sono rimasti pienamente in vigore per quasi quaranta anni, fino alla sentenza resa dal Privy Council nel caso *Schmidt v Rosewood Trust Ltd* (in questa Rivista, 2003, 586) che ha introdotto importanti innovazioni.

In base ad un atto istitutivo di trust del 1934, i trustee di un trust discrezionale ricevono l'incarico di tenere un certo fondo in trust, di distribuirne le rendite in base a quote predeterminate ai membri di

una classe di persone nominate, previa intesa con alcuni “appointors”, e con la possibilità di distribuire ai beneficiari nominati (sempre previo assenso degli appointors) anche parte del capitale (*power of appointment*).

Nel 1962 i trustee, di concerto con gli appointors, decidono di attuare un piano di riparto del capitale residuo in modo da porre fine al trust.

Avuta conoscenza del piano di riparto, la figlia del disponente, che era al contempo beneficiaria del reddito e del *power of appointment* del trustee, insoddisfatta delle risultanze, chiede ai trustee di fornirle una serie di documenti. A fronte di tale richiesta, i trustee le trasmettono copia dei rendiconti annuali del trust e copia dei documenti attestanti l'esercizio, in passato, del *power of appointment*. Non forniscono, invece, copia di tutta una serie di altri documenti che la beneficiaria aveva chiesto, non ritenendo di avere un dovere in tal senso e considerando una tale divulgazione contraria all'interesse generale dei beneficiari.

Tuttavia, forse per maggiore certezza, nel 1964 i trustee presentano un ricorso al giudice al fine di sentirlo determinare la natura e l'estensione dei loro doveri in materia di informazione dei beneficiari: il diritto che in quella sede viene riconosciuto è molto ampio.

Sostenendo che non era stata tenuta in considerazione la distinzione tra documenti che i trustee detengono in quanto tali e documenti che costituiscono l'esercizio di loro funzioni discrezionali, i trustee medesimi propongono quindi appello: la Corte d'Appello, con questa storica pronuncia, enuncia i seguenti principi:

– il principio generale in base al quale quando i trustee abbiano, agendo in buona fede, preso una decisione sulla base dell'esercizio di un loro potere discrezio-

nale, essi non sono in alcun modo obbligati a divulgare le motivazioni alla base della scelta (neppure nel caso in cui esse siano state messe per iscritto). Pertanto, i trustee non sono tenuti a mostrare ai beneficiari le agende dei loro incontri, né alcun documento (incluse le minute) relativo alla deliberazione presa che si siano scambiati prima o durante la decisione medesima, né alcun altro documento dal quale emergano le motivazioni della scelta. Tali atti, infatti, non rientrano tra i “trust documents” e, anche qualora vi rientrassero, essi dovrebbero comunque rimanere riservati e segreti nell'interesse di tutti;

– quando i trustee hanno il potere di-

## Note:

Riproduciamo il testo della sentenza da [1965] Ch. 918.

(1) In tema di diritto dei beneficiari di prendere visione dei documenti relativi a un trust abbiamo già pubblicato le seguenti sentenze: *Foremans and others v Kingstone and others*, *supra*, 428; *In the Matter of Internine Trust and Intertraders Trust and in the Matter of The Trusts (Jersey) Law, 1984 Articles 47 and 49*, in questa Rivista, 2006, 282; *Schmidt v Rosewood Trust Ltd*, *ivi*, 2003, 586; *In the matter of the Rabaiotti 1989 Settlement and other settlement*, *ivi*, 2002, 62; *Stuart-Hutcheson v Spread Trustee Company Limited, Re The Peter Acatos No 2 Settlement*, *ivi*, 2002, 596; *Stacho v Barclays Private Bank & Trusts Ltd and Lord*, *ivi*, 2000, 99.

Si v. anche i seguenti saggi: E. Berti Riboli, Il ruolo del giudice nella divulgazione dei documenti del trust dopo *Schmidt v Rosewood Trust Limited*, *supra*, 409; Id., Divulgazione dei documenti del trust a “potenziali non beneficiari”, in questa Rivista, 2006, 223; R. Pease, Disclosure of Informations by Trustees, *ivi*, 216; M. Bridges, Panorama di giurisprudenza recente sui trust, *ivi*, 2005, 523; E. Berti-Riboli, Diritto all'informazione dei beneficiari, *ivi*, 2004, 197; D. Hayton, Beneficiaries'and Objects'Rights to Information, *ivi*, 172.

**Giurisprudenza**

screzionale di anticipare parte del capitale ai beneficiari, potere soggetto al consenso di terze persone, nessun beneficiario ha diritto di visionare le comunicazioni intercorse tra i trustee medesimi e i terzi, né quelle intercorse tra i trustee o i terzi ed uno dei beneficiari interessati dal potere, perché anche in questo caso, come nel precedente, non si tratta di "trust documents";

– mentre rientra tra i documenti che i beneficiari hanno diritto di ispezionare il parere reso da un avvocato ai trustee nel quale sia sintetizzata la situazione del fondo in trust o nel quale si ricordino ai trustee medesimi le distribuzioni di capitale già effettuate e quelle che è possibile fare in futuro.

Peraltro, rileva il Lord Justice Salmon, cosa effettivamente rientri nella categoria dei "trust documents", ai quali soltanto i beneficiari hanno accesso, non è mai stato chiarito con precisione: pur non dandone una definizione precisa neanche in questo caso, il giudice comunque ne enuncia le caratteristiche comuni: essere documenti che i trustee detengono nella loro qualità; contenere informazioni che i beneficiari hanno diritto di conoscere; essere oggetto di un diritto proprietario (*proprietary interest*) dei beneficiari.

(E. B.)

**Testo della Sentenza**  
(*omissis*)

HARMAN L.J: I have found this a difficult case. It raises what in my judgment is a novel question on which there is no authority exactly in point although several cases have been cited to us somewhere near it. The court is really required here to resolve two principles that come into conflict, or at least apparent conflict. The first is that, as the defendant beneficiary admits, 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 upon to accept a trusteeship involving the exercise of a discretion unless, in the absence of bad faith, he were not liable to have his motives or his reasons called in question either by the beneficiaries or by the court. To this there is added a rider, namely, that if trustees

do give reasons, their soundness can be considered by the court. Compare the observations of James L.J. in *In re Gresham Life Assurance Society, Ex parte Penney*(2), on the analogous position of directors.

It would seem on the face of it that there is no reason why this principle should be confined to decisions orally arrived at and should not extend to a case, like the present, where owing to the complexity of the trust and the large sums involved, the trustees, who act subject to the consent of another body called the appointors, have brought into existence various written documents, including, in particular, agenda for and minutes of their meetings from time to time held in order to consider distributions made of the fund and its income. It is here that the conflicting principle is said to emerge. All these documents, it is argued, came into existence for the purposes of the trust and are in the possession of the trustees as such and are, therefore, trust documents, the property of the beneficiaries, and as such open to them to inspect.

A short statement will suffice to make the matter intelligible. The Seventh Marquess of Londonderry in the year 1934 settled certain colliery shares, now represented by other investments, by vesting them in trustees, now the plaintiffs in the suit. The corpus of the trust fund was settled upon a discretionary class of descendants of the settlor, a class now closed and at present consisting of 22 persons, of whom the defendant is one. The power of selection must be exercised during the lifetime of the last survivor of the class and in default of appointment there is a trust for the statutory next-of-kin of the settlor if he had died at the date of the death of the last survivor of the class. In the meanwhile and pending distribution of the capital, income is distributable on a discretionary basis among the members of the class and in default, as the trusts at present stand, for the children of the settlor now living, of whom the defendant is one. She is thus an object of the discretionary powers to distribute both income and capital and has also an interest in income, though not in capital, in default of appointment.

The trustees have from time to time exercised their powers over both income

and capital and, in particular, at the end of 1962 and early in 1964 determined to distribute the remaining capital in various shares among members of the class. The defendant was dissatisfied with the amount proposed to be distributed to her and made representations to the trustees through their solicitors for an increment, which was declined after the defendant's representations had been considered, but she was not willing to let the matter rest and employed a solicitor who, in November, 1963, demanded the disclosure of five classes of documents with the object of scrutinising the trustees' reasons and motives and in order presumably to organise some kind of attack upon them. The categories are set out in the trustees' solicitors' letter of November 12, 1963: "(a) Minutes of the trustees' meetings; (b) Original appointments made by the trustees; (c) Correspondence between the trustees and appointors and beneficiaries; (d) Trust accounts; (e) Correspondence between my father and my firm on the one hand and the other trustees and appointors on the other." The writer is Lord Nathan, the present solicitor to the trustees. His father was, until he died in 1963, a member of the same firm and also one of the appointors. Of these classes, two, namely, (b) and (d), were disclosed, but this did not satisfy the defendant and her advisers and eventually in January, 1964, the trustees issued this originating summons asking for directions as to their obligations as trustees of the settlement. The judge(3), holding himself constrained to do so by authority, made an order in the terms of the summons which reads as follows: "Declare that the plaintiffs as trustees," and so forth, "are bound to disclose to the defendant at her request the following documents: (a) The minutes of the meetings of the trustees of the said settlement; (b) Agenda and other documents (if any) prepared for the purposes of the meetings of the said trustees or otherwise for the consideration of the trustees; (c) Correspondence relating to the administration of the trust property or

**Note:**

(2) (1872) 8 Ch.App. 446, 449, 450; 28 L.T. 150; 21 W.R. 186.

(3) [1964] Ch. 594; [1964] 3 W.L.R. 246, 262; [1964] 2 All E.R. 572.

otherwise to the execution of the trusts of the said settlement and passing between (i) the individuals for the time being holding office as trustees of or appointors under the said settlement; (ii) the said trustees and appointors or any of them on the one hand and the solicitors to the trustees on the other hand; (iii) the said trustees and appointors or any of them on the one hand and the beneficiaries under the said settlement on the other hand.” From this order the trustees appeal.

This appeal, as it seems to me, is an irregularity. Trustees seeking the protection of the court are protected by the court's order and it is not for them to appeal. That should be done by a beneficiary, but though one of the trustees is in fact a beneficiary, he has not appeared here in that capacity and there has been no argument from anyone beneficially interested except the defendant. Under the circumstances the court is in some embarrassment. Three courses are open. One, to dismiss the appeal; second, to discharge Plowman J.'s order(4) and make no order on the summons, and, thirdly, to attempt the difficult task of defining, without any concrete instances to help, the duty of trustees placed as these are. In truth, this kind of question ought to be raised in an action where issues are before the court and consideration of relevance can be given. It is almost impossible satisfactorily to define the obligations of the trustees in the air. On the whole, however, in mercy to the parties, and having heard argument over more than two days, we have decided to attempt an answer, though we are not satisfied that we shall cover all the points.

The judge, though he felt the strength of the trustees' submission that it was undesirable to wash family linen in public which would be productive only of family strife and also odium for the trustees and embarrassment in the performance of their duties, felt constrained by a decision of *Kindersley V.-C.* in *Talbot v Marshfield*(5), reported in (among other places) 2 *Drewry & Smale*. It now appears, however, in the light of documents obtained from the Record Office and the other reports of the case(6), notably in the *Weekly Reporter* and *Law Reports 4 Equity*, that this case was not at all in point. It was an action by beneficiaries

against trustees who had a discretionary power, by making advancements to the tenants for life, to deprive the remaindermen. The matter came on first as a motion for an order on the trustees to pay into court. In the course of the hearing of that motion, the trustees stated their reasons for the action they proposed to take and were cross-examined. The court refused to order payment into court, whereupon the trustees distributed and the action proceeded as an action to administer the estate upon the footing of wilful default. There was an application for discovery and it was upon the hearing of this application that *Kindersley V.-C.* gave his decision. He ordered(7) the trustees to disclose a case to counsel and opinion taken by the trustees before the action was started and also a number of letters showing the trustees' intentions and their action in distributing other parts of the fund.

The case and opinion were, of course, trust papers, having come into existence ante litem motam. Counsel was advising the trustees as to their rights and duties and every beneficiary must be entitled to see advice of that sort. It is paid for out of the trust money and is the property of the beneficiaries. As to the letters, the trustees' objection seems to have been that as they were with beneficiaries of other shares in which the plaintiff was not interested, they were not relevant and need not be disclosed. This was overruled, as is not surprising, for the action was an action to administer the estate and the dealings of the trustees with all the shares were called in question. No point was taken that the trustees' exercise of their discretion was confidential. They had in fact already been cross-examined about it. I find nothing in this decision which helps us here.

Apart from this, the defendant relied on certain observations in *O'Rourke v Darbishire*(8). The decision was that the plaintiff was not entitled to the production of what were called the “trust documents,” and I find Lord Parmoor making this observation(9): “A cestui que trust, in an action against his trustees, is generally entitled to the production for inspection of all documents relating to the affairs of the trust. It is not material for the present purpose whether this right is to be regarded as a paramount proprietary

right in the cestui que trust, or as a right to be enforced under the law of discovery.” Lord Wrenbury says(10): “If the plaintiff is right in saying that he is a beneficiary, and if the documents are documents belonging to the executors as executors, he has a right to access to the documents which he desires to inspect upon what has been called in the judgments in this case 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. Action or no action, he is entitled to access to them. This has nothing to do with discovery. The right to discovery is a right to see someone else's documents. A proprietary right is a right to access to documents which are your own. No question of professional privilege arises in such a case. Documents containing professional advice taken by the executors as trustees contain advice taken by trustees for their cestuis que trust, and the beneficiaries are entitled to see them because they are beneficiaries.”

General observations of this sort give very little guidance, for first they beg the question what are trust documents, and secondly their lordships were not considering the point here that papers are asked for which bear on the question of the exercise of the trustees' discretion. In my judgment category (a) mentioned in the notice of appeal, viz., the minutes of the meetings of the trustees of the settlement; and part of (b), viz., agenda prepared for trustees' meetings, are, in the absence of

**Note:**

(4) [1965] Ch. 594, 614.

(5) (1865) 2 *Drew & Sm.* 549.

(6) (1864) 2 *Dr. & Sm.* 285; 12 *L.T.* 761 (*Kindersley V.-C.*); (1865) 2 *Dr. & Sm.* 549; 12 *L.T.* 761; 13 *W.R.* 885; 6 *N.R.* 288 (*Kindersley V.-C.*); (1865) 11 *Jur.(N.S.)* 901; 13 *L.T.* 424 (*Kindersley V.-C.*); (1867) *L.R.* 4 *Eq.* 661; 37 *L.J.Ch.* 52; 17 *L.T.* 78; [1867] *W.N.* 248 (*Malins V.-C.*); (1868) 3 *Ch.App.* 622; 19 *L.T.* 223; 32 *J.P.* 725; [1868] *W.N.* 167 (*C.A.* in *Ch.*, on appeal from *Malins V.-C.*).

(7) 13 *W.R.* 885, 886; 12 *L.T.* 761, 762.

(8) [1920] *A.C.* 581; 36 *T.L.R.* 350, *H.L.(E.)*.

(9) [1920] *A.C.* 581, 619.

(10) [1920] *A.C.* 581, 626.

**Giurisprudenza**

an action impugning the trustees' good faith, documents which a beneficiary cannot claim the right to inspect. If the defendant is allowed to examine these, she will know at once the very matters which the trustees are not bound to disclose to her, namely, their motives and reasons. Trustees who wish to preserve their rights in this respect must either commit nothing to paper or destroy everything from meeting to meeting. Indeed, if the defendant be right, I doubt if the last course is open, for she must succeed, if at all, on the ground that the papers belong to her, and if so, the trustees have no right to destroy them.

I would hold that even if documents of this type ought properly to be described as trust documents, they are protected for the special reason which protects the trustees' deliberations on a discretionary matter from disclosure. If necessary, I hold that this principle overrides the ordinary rule. This is, in my judgment, no less in the true interest of the beneficiary than of the trustees. Again, if one of the trustees commits to paper his suggestions and circulates them among his co-trustees; or if inquiries are made in writing as to the circumstances of a member of the class; I decline to hold that such documents are trust documents the property of the beneficiaries. In my opinion such documents are not trust documents in the proper sense at all. On the other hand, if the solicitor advising the trustees commits to paper an aide-memoire summarising the state of the fund or of the family and reminding the trustees of past distributions and future possibilities, I think that must be a document which any beneficiary must be at liberty to inspect. It seems to me, therefore, that category (b) in the notice of appeal embraces documents on both sides of the line.

As to (c), which is: "Correspondence relating to the administration of the trust property or otherwise to the execution of the trusts of the said settlement and passing between (i) the individuals for the time being holding office as trustees or appointors under the said settlement, (ii) the said trustees and appointors or any of them on the one hand and the solicitors to the trustees on the other hand; (iii) the said trustees and appointors or any of them on the one hand and the beneficiaries under the said settlement on the

other hand"; I cannot think that communications passing between individual trustees and appointors are documents in which beneficiaries have a proprietary right. On the other hand, as to category (ii), in general the letters of the trustees' solicitors to the trustees do seem to me to be trust documents in which the beneficiaries have a property. As to category (iii), I do not think letters to or from an individual beneficiary ought to be open to inspection by another beneficiary. Thus I think the judge's order went too far, but it is very difficult to frame a declaration which will not cut down the rights of the beneficiaries too much. I would propose that we should discuss this matter after my brethren have given their opinions on the matter.

I do not cite further cases because I do not find any of them touch the point here at issue. There is a passage in the late Mr. Harry Withers' very learned book, *On Reversions*, which purports to deal with this matter and includes this phrase: "There must be disclosed all letters between the trustees and other beneficiaries." This, I think, goes too far and *Tugwell v Hooper* (11), cited in support of it, is merely about professional privilege and seems to me irrelevant. The same is true of *In re Postlethwaite* (12).

I should add that very different considerations apply when it comes to a question of discovery in an action where a beneficiary is impeaching the validity of the trustees' actions.

I will return to the question of the exact form of relief we should give when my brethren have expressed opinions.

DANCKWERTS L.J: I agree with the judgment which has just been delivered by my Lord and I do not differ from the observations which he has made in regard to the different classes which have been introduced in the notice of appeal. I agree with him that the matter has arisen before us in a most unsatisfactory manner. It is one thing to give directions whether particular documents in the case should be disclosed by the trustees or not: it is quite another to give the trustees directions in general terms which admit of great doubt and may be thoroughly misleading.

That brings me to the question of the authorities which have been cited to us. I find them of very little assistance. *Talbot v Marshfield* (13) obviously was a case which pursued a tortuous and very unusual course and the difficulties which we have discussed were never really faced in that case at all. That I find of no help.

As regards *O'Rourke v Darbishire* (14), it is quite a simple matter to make general observations on the right of beneficiaries to inspection of trust documents, but it does not carry one any further until one knows what is meant by "trust documents." For instance, one of the definitions of trust documents which was suggested seems to me quite hopeless. It was suggested that trust documents included everything in the trustees' hands as such. That will cover practically everything that reaches the trustees in their official capacity, from advertisements for pink pills to blackmailing letters from people who think they have grudge against the trustees. That does not solve our problem in the least.

It seems to me it would have been far better that the matter should have been left until an action were started by a beneficiary who claimed to have a right to see particular documents and the court would fairly face the problem whether the particular documents were ones which the trustees were bound to disclose to particular beneficiary.

Now as regards the letters written by individual beneficiaries, or other people for that matter, to the trustees, I think the right conclusion is that they are not really trust documents at all. But even if they be trust documents, it seems to me, in spite of the wide observations which were made by their lordships in the House of Lords and others, that does not really solve our

**Note:**

(11) (1847) 10 Beav. 348.

(12) (1887) 35 Ch.D. 722; 3 T.L.R. 604.

(13) L.R. 4 Eq.Cas. 661; 2 Drew & Sm. 285, 549; 12 L.T. 761; 13 W.R. 885; 6 New Rep. 288; 13 L.T.R. 424; 17 L.T. 78; L.R. 3 Ch. App. 622; 19 L.T. 223.

(14) [1920] A.C. 581.

problem. It seems to me there must be cases in which documents in the hands of trustees ought not to be disclosed to any of the beneficiaries who desire to see them, and I think the point was a good one which was taken in the affidavit of Lord Nathan, that to disclose such documents might cause infinite trouble in the family, out of all proportion to the benefit which might be received from the inspection of the same. It seems to me that where trustees are given discretionary trusts which involve a decision upon matters between beneficiaries, viewing the merits and other rights to benefit under such a trust, the trustees are given a confidential role and they cannot properly exercise that confidential role if at any moment there is likely to be an investigation for the purpose of seeing whether they have exercised their discretion in the best possible manner. Of course, if a case is made of lack of bona fides, that is an entirely different matter. In that case I agree it becomes necessary to examine exactly what has happened because that is in an action and not in a theoretical application for directions, as the present case appears to me to be. It appears to me that the documents are confidential and the trustees' duty would become impossible and the execution of the trust would become impossible if the trustees were bound to disclose to any beneficiary any information or other matters in regard to beneficiaries that they had received.

For these reasons, therefore, it seems to me there must be a very restricted application of the observation that beneficiaries are entitled to see all trust documents. The matter must be one which is subject to special circumstances and the right to disclosure cannot apply to all trust documents.

I agree, therefore, with the judgment which has been delivered.

SALMON L.J: I agree with what has fallen from my Lords. However, in my view the trustees were fully justified in bringing this appeal. Indeed it was their duty to bring it since they believed rightly that an appeal was essential for the protection of the general body of beneficiaries.

The defendant beneficiary undoub-

tedly believes that she has been harshly treated by the plaintiff trustees. She considers that they should have appointed larger sums to her under the settlement than they have in fact appointed. It is not unusual for a disappointed beneficiary to persuade herself that she has a real grievance. Whether or not there is any justification for the present defendant's view, I do not know and have no means of knowing. Whether or not the court, if it knew all the facts known to the trustees, would have acted as they did, again I do not know – nor is it material. The settlement gave the absolute discretion to appoint to the trustees and not to the courts. So long as the trustees exercise this power with the consent of persons called appointors under the settlement and exercise it bona fide with no improper motive, their exercise of the power cannot be challenged in the courts – and their reasons for acting as they did are, accordingly, immaterial. This is one of the grounds for the rule that trustees are not obliged to disclose to beneficiaries their reasons for exercising a discretionary power. Another ground for this rule is that it would not be for the good of the beneficiaries as a whole, and yet another that it might make the lives of trustees intolerable should such an obligation rest upon them: *In re Beloved Wilkes Charity*(15); *In re Gresham Life Assurance Society, Ex parte Penney*(16). Nothing would be more likely to embitter family feelings and the relationship between the trustees and members of the family, were trustees obliged to state their reasons for the exercise of the powers entrusted to them. It might indeed well be difficult to persuade any persons to act as trustees were a duty to disclose their reasons, with all the embarrassment, arguments and quarrels that might ensue, added to their present not inconsiderable burdens.

Together with the rule enunciated in the authorities to which I have referred marches the rule no less firmly established that beneficiaries have a proprietary interest in, and a right to see, all trust documents: *O'Rourke v Darbishire*(17). The problem which arises in the present case is to reconcile these two rules – a problem which apparently the courts have never before been called upon to solve. I agree with the solution proposed by my Lords, namely, that all parts of any trust docu-

ments (if they are trust documents, and I will refer to this point again presently) which contain information to which the beneficiary is not entitled should be covered up before being shown to the beneficiary. It would need the clearest authority to persuade me that whilst trustees are not compelled to disclose their reasons or any information which might affect their reasons so long as nothing is put on paper, yet once the reasons or the information are reduced to writing, the writing must be disclosed to the beneficiaries. There is no such authority and I would expect to find none, for if it existed it would in my view be entirely contrary to reason and common sense.

*Talbot v Marshfield*(18), which the judge mistook for such an authority, has been shown by later researches of counsel to be a very different case. The point that trustees are not obliged to disclose their reasons was never taken in that case. Nor could it have been, since the trustees (without objection) had already been cross-examined about the reasons for the exercise of their discretion before the summons relating to discovery of documents was heard. Moreover, the bona fides of the trustees was the main issue in that case and the documents in question were clearly relevant to that issue.

The position is quite different where the beneficiary seeks disclosure of documents from the trustees in the air, as in this case, from the position where the beneficiary seeks discovery of documents in an action in which allegations are being made against the bona fides of the trustees. If the documents in question are in the possession or power of the trustees and are relevant to the issues in the action, they must be disclosed whether or not they are trust documents. In some instances, however, the fact that they are trust documents may nullify the privilege that would otherwise exist, as for example if the document consists of counsel's opi-

Note:

(15) (1851) 3 Mac. & G. 440.

(16) (1872) 8 Ch.App. 446.

(17) [1920] A.C. 581.

(18) 2 Drew. & Sm. 549.

## Giurisprudenza

nion taken before the issue of the writ, clearly the beneficiary is entitled to see any opinion taken on behalf of the trust. In the present case there is no suggestion of any kind, and certainly not a shred of evidence, that the trustees acted otherwise than with the utmost propriety. In my judgment *Talbot v Marshfield*(19) has very little, if anything, to do with the case we are now considering.

There is another possible approach to the present case. The category of trust documents has never been comprehensively defined. Nor could it be – certainly not by me. Trust documents do, however, have these characteristics in common: (1) they are documents in the possession of the trustees as trustees; (2) they contain information about the trust which the beneficiaries are entitled to know; (3) the beneficiaries have a proprietary interest in the documents and, accordingly, are entitled to see them. If any parts of a document contain information which the beneficiaries are not entitled to know, I doubt whether such parts can truly be said to be integral parts of a trust document. Accordingly, any part of a document that lacked the second characteristic to which I have referred would automatically be excluded from the document in its character as a trust document.

I agree with my Lords that the appeal should be allowed.

November 26. The court approved the following order:

Upon motion on October 29 and 30, 1964, November 2, 1964, and this day made unto this court by counsel for the trustees by way of appeal from so much of the order herein of Plowman J. made on the determination of question 1 of the originating summons herein on April 30, 1964, as declared that the trustees were bound to disclose to the defendant at her request the following documents (so far as they might be in the trustees'possession): (a) the minutes of the meetings of the trustees of the settlement, (b) agendas and other documents (if any) prepared for the purposes of the meetings of the trustees or otherwise for the consideration of the trustees, (c) correspondence relating to the administration of the trust property or otherwise to the execution of the trusts of the settlement and passing between (i)

the individuals for the time being holding office as trustees of or appointors under the settlement, (ii) the trustees and appointors or any of them on the one hand and the solicitors to the trustees on the other hand, (iii) the trustees and appointors or any of them on the one hand and the beneficiaries under the settlement on the other hand.

For an order that the said order (so far as aforesaid) might be set aside and that it might be declared that the trustees as aforesaid were bound to disclose to the defendant at her request the documents referred to in paragraphs (a) (b) and (c) (ii) aforesaid (so far as they might be in the trustees'possession as such trustees) so far only as they related to the ownership, management or administration of any property vested in the trustees upon the trusts of the settlement but were not bound to disclose to the defendant any or any part of the said documents relating to the deliberations of the trustees as to the manner in which they should exercise the discretionary powers conferred upon them by clause 2 of the settlement or relating to their reasons for any particular exercise of such powers nor any of the documents referred to in paragraphs (c) (i) or (c) (iii) aforesaid.

And upon hearing counsel for the trustees and for the defendant, and upon reading the said order, order that so much of the said order dated April 30, 1964, as aforesaid be discharged, and declare that without prejudice to any right of the defendant to discovery in separate proceedings against the trustees and subject to any order the court may think fit to make in particular circumstances the trustees as trustees of the settlement are not bound to disclose to the defendant any of the following documents (that is to say) (1) The agenda of the meetings of the trustees of the settlement, (2) correspondence passing between the individuals for the time being holding office as trustees of or appointors under the settlement, (3) correspondence passing between the said trustees and appointors or any of them on the one hand and the beneficiaries under the settlement on the other hand, and (4) minutes of meetings of the trustees or appointors and other documents disclosing the deliberations of the trustees as to the manner in which they should exercise the

discretionary powers conferred upon them by clause 2 of the settlement or disclosing the reasons for any particular exercise of such powers or the material upon which such reasons were or might have been based: provided always that the trustees are bound to disclose to the defendant at her request any written advice from their solicitors or counsel as to the manner in which the trustees are in law entitled to exercise such powers.

And order that it be referred to the taxing master to tax the costs on the common fund basis of the trustees and the costs of the defendant occasioned by this appeal, and order that such costs when taxed be respectively retained and paid by the trustees out of the funds held by them upon the trusts of the said settlement, and this court doth not think fit to give leave to the defendant to appeal from this order.

Liberty to apply to the High Court in particular circumstances as aforesaid.

© 2001 The Incorporated Council of Law Reporting for England & Wales

.....  
**Nota:**

(19) 2 Drew. & Sm. 549.

# Codice di condotta per i trustee

Malta

**Pubblichiamo qui di seguito il codice di condotta per i trustee emanato il 9 febbraio 2005 dalla Malta Financial Services Authority.**

## Introduction

1. Objectives
2. Application
3. Know Your Customer
4. Trustees to be Fit and Proper Persons
5. Business to be Directed by at least Two Individuals
6. Integrity and Ethics
7. Trust Creation
8. Disclosure of Information
9. Internal Management Controls
  - 9.1 Powers of Investment
  - 9.2 Segregation of Funds
  - 9.3 Prompt and Timely Execution
  - 9.4 Competent and Effective Management
  - 9.5 Delegation
  - 9.6 Accounting and Other Record Keeping
  - 9.7 Adequate Personnel
  - 9.8 Adequate Systems and Controls
  - 9.9 Adequate Insurance
  - 9.10 Fees and Remuneration
  - 9.11 Internal Complaints Procedures
10. Disclosure of Licensing Body
11. Co-operation with Regulatory Authorities

## Trusts and Trustees Act, Cap. 331

### Article 52: Code of Conduct

#### Introduction

This Code is made pursuant to Article 52 of the Trusts and Trustees Act, Cap. 331 ("the Act"). Article 52 provides that the Malta Financial Services Authority, as the Competent Authority ("the Authority"), may publish (hereinafter referred to as "the Code") rules which shall be binding on the trustees and other persons as may be specified therein. A copy of this document can be found on the Authority's website ([www.mfsa.com.mt](http://www.mfsa.com.mt)).

#### 1.0 Objectives

The objectives of this Code are to provide guidance to trustees, whether authorised or not required to obtain authorisation in terms of the Act, as to the standards required under the Act and other financial services legislation, as well as to the best practice in the industry.

#### 2.0 Application

The Code applies to all trustees, whether authorised or not required to obtain authorisation in terms of Article 43 and Article 43A of the Act and also to mandatories, administrators or similar functionaries. The Code is of general application, and seeks to take account of the wide diversity of persons who act as trustees in practice. The Code may be revised from time to time. However, before the Authority makes a material change to the

Code, it will first publish a draft of the proposed changes and consider any representations made to it regarding the contents of the draft.

Every trustee in Malta, whether authorised or not required to obtain authorisation in terms of the Act, in Malta, is expected to have regard to the Code as amended from time to time.

#### 3.0 Know Your Customer

Trustees must have procedures in place to ensure that proper due diligence is carried out before a decision is made to act for any new customer. As a minimum, trustees need to be able to comply with the Prevention of Money Laundering Act 1994, the Prevention of Money Laundering Regulations 2003, and the Prevention of Money Laundering Guidance Notes together with any other relevant legislation that may come into operation from time to time. To ensure compliance with these requirements, trustees should have adequate policies and procedures in place to ensure that they know the identity of each settlor, protector and custodian on an on-going basis and, to the fullest extent possible, the identity of the beneficiaries. They must also verify the source of all assets introduced, to satisfy themselves that they are not of illicit origin.

#### 4.0 Trustees to be Fit and Proper Persons

Every director and officer (defined in Article 2(1) of the Companies Act) of a trustee company, and every individual acting as a trustee must be a fit and proper person to hold the particular position which he holds or is to hold. In determining whether a person is fit and proper to hold any particular position, the applicant's competence and soundness of judgement for fulfilling the responsibilities of that position will be assessed. To this end, the Authority considers whether the person has had experience of similar responsibilities previously, the record in fulfilling them and, where appropriate, whether the person has appropriate qualifications and training. As to soundness of judgment the Authority looks to the person's previous conduct and decision taking. The diligence with which he is fulfilling or is likely to fulfil those responsibilities and to whether the interests of the company's clients, or his clients in the case of individual trustees, are in any way threatened by his holding that position are also considered.

The probity of the person concerned is very important: it is essential that a person with responsibility for the conduct of trust business is of high integrity. In contrast to the fitness element of this criterion which reflects an individual judgment relating to the particular position that the person holds or is to hold, the judgment of probity reflects much more of a common standard, applicable irrespective of the particular position held.

Specifically, the Authority takes into account the person's reputation and character. It considers, inter alia, whether the

## Legislazione

person has a criminal record; convictions for fraud or other dishonesty would clearly be particularly relevant. Particular weight is also given to whether the person has contravened any provision of trust, banking, insurance, investment or other legislation designed to protect members of the public against financial loss, due to dishonesty, incompetence or malpractice. In addition, it considers whether the person has been involved in any business practices appearing to be deceitful or oppressive or improper or which otherwise reflect discredit on his or her method of conducting business.

The Authority also takes into consideration whether the person has been censured or disqualified by professional or regulatory bodies. The application of those who have are unlikely to be acceptable to the Authority. While any evidence of relevant past misconduct needs to be taken into consideration, the Authority recognises that lapse of time, and a person's subsequent conduct, are factors which may be relevant in assessing whether the person is now fit and proper for a particular position.

### 5.0 Business to be Directed by at least Two Individuals

This criterion – sometimes known as the ‘four eyes’ requirement – provides that, in the case of a company, at least two individuals must effectively direct the business of the undertaking. When this criterion applies, the Authority requires that at least two independent minds be applied to both the formulation and implementation of the policies of the undertaking. The Authority does not regard it as sufficient for one of the two persons to make some, albeit significant, decisions relating only to a few aspects of the business. Each must play a part in the decision-making process on all significant decisions. They are not expected to duplicate each other's position but both must demonstrate the qualities and application to influence strategy, day-to-day policy and their implementation, and both must actually do so in practice.

Where there are more than two individuals directing the business, it is not necessary for all of these individuals to be involved in all decisions relating to the determination of strategy and general direction. Nevertheless at least two individuals must be involved in all such decisions. Both persons' judgments must be engaged in order that major errors leading to difficulties for the undertaking are less likely to occur. Similarly, both persons must have sufficient experience and knowledge of the business and the necessary personal qualities to detect and resist any imprudence, dishonesty or other irregularities by the other person. Thus, where a single individual is particularly dominant in an undertaking this will raise doubts about the fulfilment of the criterion.

### 6.0 Integrity and Ethics

Trustees, whether corporate or individual persons, must conduct business with integrity at all times and should not attempt to avoid or contract out of their responsibilities under this Code. They must exercise their fiduciary duties prudently and competently and, subject to the terms of the trust, consider the rights of all classes of beneficiaries when making decisions affecting the administration of the trust. They should invest, distribute or otherwise manage each trust's assets in accordance with the law and the trust instrument(1). They must deal fairly with all clients and seek to ensure that clients are not misled as to the

service being provided and the duties and obligations of the service provider.

Trustees should treat the interests of beneficiaries as paramount (subject to any legal obligations to other persons or bodies) and should always act with due care, skill and diligence. Professional skills cover the general skills which the undertaking should have in conducting its business, for example the fiduciary responsibilities, establishing and operating systems of internal controls, ensuring compliance with legal and supervisory requirements and in the standard of the various financial services provided. The level of skills required will vary according to the individual case, depending on the nature and scale of the particular trustee's activities. Subject to the terms of the trust, trustees should also act impartially between beneficiaries, while having regard to their legal and contractual obligations.

Trustees must have regard at all times to their legal obligations with regard to conflicts of interest. Generally they should avoid situations in which conflict of interest arises as between trusts administered by the trustee or between the trustee's business and that of the beneficiaries of a trust. Similarly, and unless authorised to do so, trustees should not enter into transactions in which they have a material interest without first disclosing it to the relevant parties. Where conflicts of interest do arise they must ensure that the circumstances are properly disclosed to those affected. Trustees need to exercise particular care and attention when taking on discretionary trust business to ensure that they are able to exercise appropriate independent discretion.

### 7.0 Trust Creation

When establishing a trust, trustees should familiarize themselves with the objects of the trust and satisfy themselves that the trust is being established for a lawful purpose. They should also ensure that the settlor has access to all appropriate information, including relevant independent professional advice where necessary. In order to adequately perform their fiduciary and other duties, trustees must ensure that they have a complete understanding of the trust instrument in each case, and must seek legal or other advice where necessary. Trustees also have a responsibility to ensure that trust property is brought properly under their control.

When a trust is created by oral declaration, the trustee is to set out in writing, at the first available opportunity, all the terms of the trust and, where possible, have such declaration endorsed by the settlor.

Over and above their legal obligations to ‘know their customer’, trustees are expected to have a considered and agreed policy on new client engagements or acceptances, having regard to their assessment of the quality, nature and scale of the services involved and the ability of the trustee to provide the services in question. Trustees need to ensure that they understand fully the rationale for particular structures and to be comfortable that the business is suitable. These standards also apply *mutatis mu-*

#### Nota:

(1) For the purposes of this Code the term ‘trust instrument’ includes public deeds, private writings and wills which set up trusts, and also unilateral declarations of trust.



*tandis*, in relation to any trust business delegated to the trustee by another trustee. In such cases, the trustees must have full knowledge of the trust arrangements, and must retain in their files copies of all the records which would pertain to trust business introduced directly to the trust company by a settlor. No trustee should act as an agent for other trustees in the management of trust assets unless satisfied that the trustee for whom he acts as a delegate is subject to professional standards equivalent to its or his own.

### 8.0 Disclosure of Information

Trustees should observe any obligation of confidentiality that may apply in respect of information communicated by persons concerned with trusts (e.g. settlors, protectors, beneficiaries and their professional advisers) unless the trustee is given relevant consent to disclose information, is required by applicable law to disclose information, or gives information in accordance with the terms of the trust instrument or in the ordinary course of the administration of the trust. In maintaining the confidentiality owed to those persons to whom the trustee has responsibility, the trustee should take particular care not to mislead third parties as to the beneficial ownership or origin of trust assets.

Employees, officers, directors and other persons who have access to confidential information of the trustee and the trusts it administers should be advised in writing upon their engagement and reminded periodically thereafter by the trustee of confidentiality issues.

### 9.0 Internal Management Controls

#### 9.1 Powers of Investment

Trustees are to invest and manage or arrange for the investment and management of the funds of the trust in the light of the purposes, terms, distribution requirements and other circumstances of the trust and, where appropriate, in accordance with the applicable law.

Subject to any enlargement or restriction of a trustee's powers of investment set out in the trust instrument or by law:

(a) a trustee may invest or otherwise apply trust property in the purchase or acquisition of property of any kind whether or not incomeproducing and whether for the purpose of receiving an appropriate total return from income and capital appreciation, controlling or limiting risk or benefiting persons interested in any way whatsoever in the income produced by trust property or for a mixture of such purposes;

(b) in so investing or otherwise applying trust property, a trustee shall act as a prudent investor would, by considering the purposes, terms, distribution requirements and other circumstances of the trust and by exercising reasonable care, skill and caution; and

(c) in determining whether a trustee has acted in accordance with the above any decision to invest or otherwise apply trust property shall be evaluated in the context of trust property as a whole and as part of an overall investment strategy having risk and return objectives reasonably suited to the trust.

#### 9.2 Segregation of Funds

A trustee must ensure that trust funds are kept at all times separately from those of the trustee and also that they are not commingled with funds from another trust.

#### 9.3 Prompt and Timely Execution

A trustee should deal effectively and in a timely manner with all requests from those persons to whom the trustee is responsible or accountable, having previously sought and obtained such consents or approvals as may be necessary. When the trustee has a discretion he should exercise it diligently paying regard to relevant factors relating to beneficiaries, present and future.

#### 9.4 Competent and Effective Management

Trustees should have effective management and systems that are commensurate with the scale and complexity of the trust business to be undertaken. They must also have appropriate management resources to control the company's affairs (or in the case of individual trustees their business affairs), including ensuring compliance with legal obligations and standards under this Code.

In the case of corporate trustees, the board of directors is responsible for the proper exercise of fiduciary powers and ensuring that the trustee company has proper policies, procedures and other arrangements in place. In discharging this responsibility the board of directors may assign the administration of such of the corporate trustee's fiduciary powers as it may consider proper to such directors, officers, employees or committees as it may designate in accordance with policies and procedures which provide for appropriate authorisation and signing powers.

#### 9.5 Delegation

A trustee should have regard to the trust instrument, the law and any powers conferred by the court with regard to the delegation of its duties and/or the granting of powers of attorney and delegate only in accordance therewith.

#### 9.6 Accounting and other Record Keeping

Trustees must keep and preserve appropriate records in Malta which will at least include such records as are appropriate for their functions, as required by any applicable law and as will enable the provision of information, to persons interested in trusts and entitled to the information, on a timely basis. This should include the identity of co-trustees, custodians, the settlor, protector, enforcer and, where appropriate, the principal beneficiaries, their personal circumstances, residence and a copy of the trust instrument, minutes of all decisions taken by trustees, other trust documents and trust accounts or records which would enable trust accounts to be drawn up. The trustee should hold title to the trust assets in its own name or through appropriate custodians or nominees. Where custodians or nominees are appointed to hold assets, the trustee should ensure that 9.5 above is complied with. Financial records must be maintained so as to permit a thorough and satisfactory supervisory activity and to permit the performance of trust audits as pre-arranged. They should also be sufficient to enable the undertaking to comply with any notification and reporting requirements.

#### 9.7 Adequate Personnel

Trustees must have available suitable numbers of staff who are appropriately trained and competent to discharge their fiduciary duties effectively. It should ensure that the responsibilities and authority of each member of staff are clear and appropriate

## Legislazione

to his or her qualifications and experience, and that staff receive the necessary training appropriate for their roles. A trustee also needs to formulate and keep up to date plans for staff training and development as well as maintain records of training undertaken by staff.

### 9.8 Adequate Systems and Controls

Trustees should ensure that they have in place systems, controls and procedures, to ensure that staff perform their duties in a diligent and proper manner. It is important that staff understand and comply with the established systems, policies and procedures including those dealing with new business acceptance, distributions of trust assets, investment reviews and staff training. The Authority also expects trustees to have in place a documented business interruption recovery plan, dealing with all their critical functions.

### 9.9 Adequate Insurance

Trustees face a wide variety of potentially major financial risks in their business. It is recommended that an adequate level of insurance be in place.

### 9.10 Fees and Remuneration

Trustees must agree on a clear fee structure with each relevant person in advance of taking on an appointment and ensure

that the fees charged are transparent at all times. Trustees should also ensure that adequate notice is given before any material change in the fee structure is introduced.

### 9.11 Internal Complaints Procedures

A trustee should ensure that client complaints are properly handled and dealt with on a timely basis. A record of the details of the complaint, the trustee's response and any action taken as a result should also be made and maintained.

### 10.0 Disclosure of Licensing Body

When authorised, a trustee should ensure that its status as an authorised person is disclosed in all advertisements and correspondence. The following wording is suggested: "Authorised to act as a Trustee by the Malta Financial Services Authority."

### 11.0 Co-operation with Regulatory Authorities

A trustee is expected to deal openly and in a spirit of co-operation with the Authority and any other relevant regulatory authorities. Trustees should alert the Authority to any proposal to extend their business materially and in particular if it is proposed to undertake non-trust business within the authorised entity. Trustees should also be proactive in alerting the Authority to any significant developments relevant to their staffing or to their systems and controls environment.

# Decreti attuativi della legge di San Marino sul trust

San Marino

## Decreto 8 giugno 2005, n. 83 Individuazione delle modalità necessarie per la tenuta della contabilità dei fatti amministrativi relativi ai beni in trust

Noi Capitani Reggenti  
la Serenissima Repubblica di San Marino

Visto l'articolo 27, comma 1, della Legge 17 marzo 2005 n. 37;

Vista la delibera del Congresso di Stato n. 19 in data 6 giugno 2005;

ValendoCi delle Nostre Facoltà,

Decretiamo, promulghiamo e mandiamo a pubblicare:

### Art. 1 (Rendicontazione e inventario)

1. Il trustee deve tenere la contabilità dei fatti amministrativi che interessano i beni in trust. Le scritture contabili devono essere tenute, separatamente per ogni trust, in forma sistematica e secondo norme di ordinata contabilità, essendo dirette a seguire analiticamente le variazioni intervenute nella consistenza patrimoniale dei beni in trust.

2. Il trustee redige l'inventario dei beni in trust, unitamente a una relazione scritta contenente il riepilogo e la descrizione della consistenza e della composizione dei beni in trust alla data in cui il trust inizia ad avere effetto e, successivamente, almeno ogni dodici mesi, dando altresì evidenza, in tale sede, degli eventi realizzativi e di quelli modificativi di valore che hanno interessato i predetti beni. L'inventario deve essere redatto in modo tale da rappresentare distintamente, quale contropartita netta delle attività e delle passività inventariate:

a) il valore attribuibile ai beni in trust alla data in cui il trustee ne diviene titolare per effetto di atti di acquisto non a titolo oneroso;

b) i differenziali netti di valore successivamente maturati ma non realizzati sui beni in trust;

c) i differenziali netti di valore successivamente realizzati sui beni in trust;

d) i proventi e i frutti derivanti dai beni in trust, anche a titolo risarcitorio del mancato guadagno.

3. A tal fine il trustee deve tenere, per ciascuno dei beni in trust, ovvero per ciascuna categoria omogenea per natura e per valore in cui gli stessi fossero classificabili, una scheda riepilogativa riportante il valore agli stessi attribuibile all'atto dell'eventuale acquisto non a titolo oneroso, nonché:

a) i differenziali netti di valore successivamente maturati ma non realizzati;

b) ovvero, in caso di successivo realizzo, i differenziali netti di valore effettivamente conseguiti.

### Art. 2

(Valutazione dei beni in trust)

1. I beni in trust sono valutati in base al loro equo valore corrente. Detto valore è determinato:

(i) per le azioni, le obbligazioni e le altre attività finanziarie negoziate in mercati regolamentati, in base alla media aritmetica dei prezzi rilevati nell'ultimo mese solare antecedente la data di riferimento;

(ii) per le altre azioni, quote di società non azionarie, titoli o quote di partecipazione al capitale di enti diversi dalle società, in proporzione al valore del capitale economico della società o dell'ente, ovvero, per le società o enti di nuova costituzione, al valore economico complessivo dei conferimenti; tali valori economici sono determinati sulla base del prudente apprezzamento del trustee, ovvero sulla base di una relazione di stima asseverata, redatta su istanza del trustee, da un Dottore commercialista o da un Ragioniere e Perito commerciale iscritti negli appositi Albi, ovvero da altro soggetto iscritto nel Registro dei Revisori contabili, ivi comprese le società di revisione e certificazione di bilancio;

(iii) per le obbligazioni e le altre attività finanziarie diverse da quelle indicate nei precedenti punti (i) e (ii), in via comparativa rispetto al valore normale delle attività finanziarie aventi analoghe caratteristiche negoziate in mercati regolamentati e, in mancanza, in base ad altri elementi determinabili in modo oggettivo;

(iv) per i beni diversi da quelli indicati nei precedenti punti (i), (ii) e (iii) e per i servizi, sulla base del prezzo o corrispettivo mediamente praticato per i beni e i servizi della stessa specie o similari, in condizioni di libera concorrenza e al medesimo stadio di commercializzazione, nel tempo e nel luogo in cui i beni o servizi sono stati acquisiti o prestati, e, in mancanza, nel tempo e nel luogo più prossimi, ovvero, qualora non fossero rinvenibili tali elementi oggettivi, sulla base del prudente apprezzamento del trustee, ovvero sulla base di una relazione di stima asseverata, redatta su istanza del trustee, da un Dottore commercialista o da un Ragioniere e Perito commerciale iscritti negli appositi Albi, ovvero da altro soggetto iscritto nel Registro dei Revisori contabili, ivi comprese le società di revisione e certificazione di bilancio.

2. Le passività riferibili ai singoli beni in trust, ovvero all'insieme degli stessi, sono valutate:

(i) quanto alle passività certe nell'esistenza e nell'ammontare, sulla base del relativo valore nominale;

(ii) quanto alle passività incerte nell'esistenza o nell'ammontare, sulla base del valore di probabile manifestazione derivante dal prudente apprezzamento del trustee, ovvero risultante da relazione di stima asseverata, redatta su istanza del trustee, da

**Legislazione**

un Dottore commercialista o da un Ragioniere e Perito commerciale iscritti negli appositi Albi, ovvero da altro soggetto iscritto nel Registro dei Revisori contabili, ivi comprese le società di revisione e certificazione di bilancio.

Dato dalla Nostra Residenza, addì 8 giugno 2005/1704 d.F.R.

I CAPITANI REGGENTI  
Fausta Simona Morganti – Cesare Antonio Gasperoni

IL SEGRETARIO DI STATO  
PER GLI AFFARI INTERNI  
Rosa Zafferani

**Decreto 8 giugno 2005, n. 84**  
**Formalità e comunicazioni all'Amministrazione Finanziaria in ordine al reddito prodotto dal trust**

Noi Capitani Reggenti  
la Serenissima Repubblica di San Marino

Visti gli artt. 5 e 7, della Legge 17 marzo 2005 n. 38;  
Vista la delibera del Congresso di Stato n. 25 in data 6 giugno 2005;  
Valendo Ci delle Nostre Facoltà,  
Decretiamo, promulghiamo e mandiamo a pubblicare:

**Art .1**

(Proventi e frutti derivanti dai Beni in trust)

Sulla attribuzione di frutti e proventi di cui all'art. 5 comma 1° della Legge 17 marzo 2005 n. 38, il trustee è tenuto ad applicare la ritenuta a titolo d'imposta del 15% se nella comunicazione inoltrata all'Amministrazione Finanziaria a norma dell'art. 7 della succitata legge non compaiono i dati anagrafici dell'effettivo beneficiario.

**Art .2**

(Comunicazione dell'Amministrazione Finanziaria)

La comunicazione del trustee all'Ufficio Tributario, entro il termine dei due mesi dalla chiusura del Bilancio, deve essere effettuata utilizzando il modello di cui in allegato A).

**Art .3**

(Presentazione della dichiarazione e versamento delle imposte)

La Dichiarazione dei redditi prodotti dal trust va presentata all'Ufficio Tributario entro il 31 maggio dell'anno successivo al periodo d'imposta dichiarato contestualmente alla quietanza di versamento delle imposte dovute per il relativo periodo d'imposta.

**Art .4**

(Disposizione conclusiva)

Ai fini dell'applicazione dell'imposta di registro di cui alla Legge 29 ottobre 1981, n. 85 e successive modifiche, agli atti di cui all'articolo 9, comma 1, lett. e), della Legge 17 marzo 2005 n. 38 sono espressamente equiparati gli atti di trasferimento di diritti reali su beni immobili siti nella Repubblica di San Marino posti in essere dal trustee a seguito della revoca totale o parziale del trust, limitatamente all'ipotesi in cui i predetti diritti siano stati acquistati precedentemente dal trustee in esenzione da imposta di registro.

Sono in ogni caso soggetti all'applicazione dell'imposta di registro di cui alla Legge 29 ottobre 1981 n. 85 e successive modi-

fiche gli atti di acquisto di diritti reali su beni immobili siti nella Repubblica di San Marino posti in essere dal trustee di trust di scopo.

Dato dalla Nostra Residenza, addì 8 giugno 2005/1704 d.F.R.

I CAPITANI REGGENTI  
Fausta Simona Morganti – Cesare Antonio Gasperoni

IL SEGRETARIO DI STATO  
PER GLI AFFARI INTERNI  
Rosa Zafferani

"Allegato A"

**Modello per la comunicazione all'amministrazione finanziaria**

Anno di riferimento periodo d'imposta ...

**a. Dati identificativi del Trustee**

Ragione sociale ... Telefono/fax ...  
Nr. di Autorizzazione ... Data autorizzazione ...  
Indirizzo ...

**b. Dati identificativi del Trust**

Nome: ...  
Nr. di registrazione ...  
Codice Operatore: ...

**c. Dati identificativi del beneficiario economico**

Nome Cognome ...  
Indirizzo di residenza ... Cod. Fiscale ...  
Luogo di nascita ... Partita I.V.A. ...  
Data di nascita ... Codice ISS ...

**d. Dati Economici del Trust**

Ammontare dei frutti attribuiti su patrimonio amministrato ...  
...  
Ammontare dei frutti attribuiti su patrimonio in distribuzione finale ...

Ammontare del patrimonio distribuito in fase finale ...  
 Ammontare del reddito imponibile ...  
 Ammontare delle ritenute operate ...  
 Variazioni intervenute nella consistenza dei beni in trust ...  
 Valore degli immobili ...

e. Immobili  
 Immobili detenuti dal trust ...  
 Redditi prodotti dagli immobili in trust ...

San Marino li ... firma ...

**Decreto 10 giugno 2005, n. 86**  
**Iscrizione, tenuta e consultazione del Registro dei trust e modalità di vidimazione del Libro degli eventi del trust**

Noi Capitani Reggenti  
 la Serenissima Repubblica di San Marino

Visti gli artt. 9 e 29, secondo comma, della Legge 17 marzo 2005 n. 37;

Vista la delibera del Congresso di Stato n. 19 in data 6 giugno 2005;

ValendoCi delle Nostre Facoltà,  
 Decretiamo, promulghiamo e mandiamo a pubblicare:

CAPO I – REGISTRO DEI TRUST

Art. 1

(Registro dei trust)

1. È istituito l'Ufficio del Registro dei trust della Repubblica di San Marino per le iscrizioni previste dalla legge.

2. Il Registro dei Trust è presso l'Ufficio Industria, Commercio e Artigianato sotto la vigilanza di un Giudice Delegato dal Magistrato Dirigente.

3. Il Registro dei Trust è pubblico.

4. La registrazione nel Registro dei trust attesta l'esistenza degli atti che, ai sensi della Legge 17 marzo 2005 n. 37, devono esservi iscritti, conferendo agli stessi la certezza della data ed assicurandone la conservazione.

Art. 2

(Iscrizione nel Registro dei trust)

1. Sono iscrivibili i trust costituiti ai sensi della Legge 17 marzo 2005 n. 37, secondo le modalità, nei termini e alle condizioni ivi previsti. A norma della Legge 17 marzo 2005 n. 37, e fermo quanto disposto al successivo articolo 12, sono soggetti all'obbligo di iscrizione nel Registro dei Trust:

i) ai sensi dell'articolo 9 comma 4 della citata legge, l'estratto dell'atto istitutivo del trust. L'iscrizione dell'estratto esonera i soggetti designati dall'obbligo di registrazione del relativo atto istitutivo, purché quest'ultimo sia stato redatto in forma di scrittura con sottoscrizione autenticata, trovando altrimenti applicazione il successivo punto sub (i) articolo 12 comma 2.

ii) ai sensi dell'articolo 14 comma 4 della citata legge, le modifiche dell'atto istitutivo riguardanti gli elementi indicati nell'estratto; nonché,

iii) ai sensi dell'articolo 9 comma 6 della citata legge, la richiesta di cancellazione del trust; infine

iv) ogni altro atto che ai sensi della Legge 17 marzo 2005 n. 37 deve essere iscritto nel Registro del trust.

2. L'atto istitutivo del trust ed il relativo estratto, di cui si richiede l'iscrizione, devono essere redatti in lingua italiana e, se

in lingua straniera, devono essere accompagnati dalla relativa traduzione giurata in lingua italiana.

3. L'iscrizione nel Registro dei trust è richiesta dai soggetti tenuti per legge ed è effettuata a cura dell'Ufficio del Registro dei trust. Prima di procedere all'iscrizione, l'Ufficio deve accertare il concorso delle condizioni richieste dalla legge per l'iscrizione, ivi compreso:

a) qualora si tratti di banche, società fiduciarie e/o altre imprese di investimento estere, di cui all'Articolo 19.4 della Legge 17 marzo 2005 n. 37, che esse operino in regime di reciprocità; nonché

b) qualora l'iscrizione sia tardiva, che sia stata pagata la sanzione di cui all'Articolo 9.9 della citata Legge.

4. L'Ufficio provvede all'iscrizione mediante trascrizione dell'estratto autenticato dell'atto istitutivo.

5. L'Ufficio rimette al soggetto richiedente l'iscrizione la certificazione attestante l'avvenuta iscrizione del trust.

6. Il rifiuto dell'iscrizione deve essere tempestivamente comunicato con raccomandata inviata al richiedente. Questi può ricorrere entro otto giorni al giudice delegato, il quale provvede con decreto.

7. Ai sensi e per gli effetti dell'Articolo 58 della Legge del 17 marzo 2005 n. 37, l'Ufficio del Registro dei trust riserverà apposita sezione del Registro dei trust ai trust esteri con sede di amministrazione nella Repubblica di San Marino. Le disposizioni del presente decreto si applicano integralmente a tale apposita sezione, fermo restando che i soggetti tenuti a richiedere l'iscrizione del trust devono, al momento della richiesta, specificare se il trust sia qualificabile come trust estero ai sensi del predetto Articolo 58 della Legge del 17 marzo 2005 n. 37.

Art. 3

(Tenuta del Registro dei trust)

1. Il Registro dei trust è tenuto su base annuale, in modo da garantire la integrità, la completezza, la disponibilità e la riservatezza delle iscrizioni, nonché la identificazione dei soggetti che accedono al Registro.

2. Il Registro dei trust è tenuto su supporto cartaceo. Fermo il rispetto delle disposizioni normative speciali, il Registro dei trust potrà essere tenuto anche in modo informatizzato.

3. Il Registro dei trust tenuto su supporto cartaceo non dovrà contenere interlinee, trasporti a margine e abrasioni, e le parole eventualmente cancellate dovranno essere leggibili.

4. Il Registro dei trust, tenuto su supporto cartaceo, dovrà essere vidimato all'inizio di ogni anno solare, mediante bollatura in ogni foglio e con numerazione progressiva in ogni pagina con

**Legislazione**

l'espressa indicazione del rispettivo anno solare. Sull'ultima pagina del Registro dei trust vidimato per l'anno in corso, dovrà essere registrata la dichiarazione del Responsabile incaricato dell'Ufficio del trust riportante il totale dei fogli di cui è composto il Registro dell'anno solare in corso, nonché la data e la firma dello stesso Responsabile.

5. Nel caso in cui le risultanze del registro informatizzato siano in contrasto e/o difformi da quelle del supporto cartaceo, prevarranno sempre queste ultime.

**Art. 4**

(Consultazione del Registro dei trust)

1. La consultazione del Registro dei trust è consentita a chiunque e consiste nel diritto di esaminare il contenuto del Registro dei trust e di richiedere certificazioni delle relative risultanze, a norma del successivo Articolo 5.

2. La consultazione avviene per mezzo del personale addetto, che ne sorveglia e presiede lo svolgimento.

3. La consultazione avviene mediante richiesta scritta al Responsabile dell'Ufficio. La richiesta deve in ogni caso contenere gli estremi del trust oggetto della richiesta, ovvero gli elementi che ne consentano l'individuazione, con l'indicazione delle finalità che giustificano la richiesta.

4. La richiesta è esaminata senza formalità ed è accolta immediatamente mediante indicazione del documento contenente tutte le notizie e le informazioni richieste, esibizione del documento stesso, eventuale rilascio di certificazione. Nelle ipotesi in cui la richiesta non possa essere accolta immediatamente, il procedimento di consultazione deve comunque concludersi nel termine di 10 giorni decorrenti dalla presentazione della richiesta.

5. La consultazione dei documenti avviene presso l'Ufficio del Registro, nelle ore indicate dall'Ufficio, alla presenza e sotto la sorveglianza del personale addetto.

6. Ferma l'applicazione delle norme penali, è vietato asportare i documenti, tracciare segno su di essi, o comunque alterarli in qualsiasi modo. Durante la consultazione, il richiedente può prendere appunti o trascrivere in tutto o in parte i documenti consultati, senza che tali appunti o trascrizioni abbiano alcun valore certificativo.

7. Sono sottratte alla consultazione quelle informazioni la cui divulgazione possa recare pregiudizio alla sicurezza nazionale, all'esercizio della sovranità nazionale, alla continuità e alla correttezza delle relazioni internazionali, alla tutela dell'ordine pubblico e alla repressione e alla prevenzione della criminalità.

**Art. 5**

(Certificazioni)

1. L'Ufficio dei trust può rilasciare certificazioni delle risultanze del Registro.

2. Le certificazioni vengono rilasciate in carta bollata nel più breve tempo possibile e comunque entro il termine di 10 giorni dalla richiesta, salvo che la stessa non comporti complesse ricerche documentali. La conformità all'originale di quanto trasmesso è attestata dal Responsabile dell'Ufficio del Registro dei trust.

3. Quando è previsto il pagamento di diritti, imposte o tasse, il rilascio di certificazioni è subordinato al previo pagamento degli stessi, della cui avvenuta riscossione è dato atto nella certificazione rilasciata.

**Art. 6**

(Modifiche e cancellazione dal Registro dei trust)

1. Ogni modificazione di cui all'articolo 14 comma 4 della Legge 17 marzo 2005 n. 37 successiva alla registrazione deve essere registrata, con le stesse forme e secondo le medesime modalità previste per la registrazione dell'estratto dell'atto istitutivo del trust.

2. Il trustee, e se questi non vi provvede il Notaio che ha rogato o autenticato l'atto modificativo, è tenuto a dare all'Ufficio del Registro dei trust comunicazione scritta di tali modifiche versando contestualmente la corrispondente tassa. L'Ufficio provvederà ad aggiornare il Registro dei trust, apportando le modifiche indicate e rimettendo al trustee la relativa certificazione.

3. Qualora si verifichi uno degli eventi previsti all'articolo 9 comma 6 della Legge, il trustee deve richiedere la cancellazione del trust dal Registro e deve restituire altresì il certificato attestante l'iscrizione.

4. L'Ufficio cancellerà l'iscrizione del trust, chiedendo la riconsegna del relativo certificato, ovvero, in mancanza ed in sostituzione dello stesso, la consegna di apposita dichiarazione autenticata del trustee, con cui ne viene attestato l'avvenuto smarrimento, perdita, distruzione o sottrazione.

5. Per il caso in cui non siano state, nei termini ed alle condizioni di legge, comunicate le modifiche di cui ai precedenti commi 1 e 2, o non sia stata richiesta la cancellazione di cui ai precedenti commi 3 e 4, la relativa annotazione nel Registro dei trust è subordinata all'avvenuto pagamento rispettivamente delle sanzioni di cui all'Articolo 9 comma 9 e all'Articolo 14 comma 6 della Legge 17 marzo 2005 n. 37.

**Art. 7**

(Cancellazione d'ufficio)

1. Se un'iscrizione è avvenuta senza che esistano le condizioni richieste dalla legge, il giudice delegato, sentiti gli interessati, ne ordina la cancellazione.

**Art. 8**

(Natura del Registro dei trust)

1. L'iscrizione dell'estratto dell'atto istitutivo nel Registro dei trust ha efficacia dichiarativa.

2. Gli elementi dei quali la legge prescrive l'iscrizione nel Registro dei trust, se non sono stati iscritti, non possono essere opposti ai terzi, a meno che si provi che i terzi ne abbiano avuto effettiva conoscenza.

3. L'ignoranza degli elementi dei quali la legge prescrive l'iscrizione nel Registro dei trust non può essere opposta dai terzi dal momento in cui l'iscrizione è avvenuta.

4. Le limitazioni ai poteri del trustee previste nell'atto istitutivo del trust sono opponibili ai terzi purché siano state iscritte nel Registro dei trust.

5. La mancata cancellazione del trust non è opponibile ai terzi, salvo che essi conoscessero la causa che imponeva la cancellazione del trust.

**Art. 9**

(Ricorso di volontaria giurisdizione)

1. Salvo sia diversamente previsto, avverso i provvedimenti dell'Ufficio del Registro dei trust gli interessati possono ricorrere

al Giudice Delegato entro 8 giorni dalla comunicazione del provvedimento impugnato.

2. Avverso i provvedimenti del Giudice Delegato, e con specifico riferimento a quelli di iscrizione, diniego dell'iscrizione, cancellazione, gli interessati, entro i 30 giorni correnti successivi alla comunicazione del provvedimento impugnato, possono ricorrere al Tribunale Unico in sede di volontaria giurisdizione.

3. Il ricorso al Tribunale Unico sospende l'efficacia del provvedimento impugnato, salva contraria disposizione. Il Tribunale Unico, ricevuto il ricorso, ha facoltà di introdurre termini di prova, di controprova e per le allegazioni finali, nonché di decidere con sentenza dei rapporti giuridici sorti sulla base del provvedimento impugnato.

4. L'atto con cui viene proposto il ricorso al Tribunale Unico va depositato a mezzo di difensore nella Cancelleria del Tribunale, insieme ai motivi e con i documenti che comprovano l'interesse del ricorrente ed il fondamento della doglianza. Esso è soggetto alla ordinaria imposta giudiziaria. Il provvedimento del Tribunale che pronuncia sul ricorso deve essere iscritto d'ufficio nel Registro dei trust.

5. Non sono ammessi ulteriori o diversi mezzi di impugnativa.

#### Art. 10

(Disposizioni fiscali)

1. Si applicano le disposizioni di cui all'articolo 9 della Legge 17 marzo 2005 n. 38.

#### Art. 11

(Disposizioni transitorie)

1. Fino alla designazione da parte del Magistrato Dirigente del Giudice Delegato di cui all'articolo 9, comma 1, della Legge 17 marzo 2005, n. 37, le attribuzioni di questi spetteranno al Tribunale Unico, trovando applicazione le disposizioni che seguono.

2. Il ricorso di cui al comma 1, articolo 9 del presente Decreto, si propone da parte di chi vi abbia interesse al Tribunale Unico, in sede di volontaria giurisdizione, nei 30 giorni correnti successivi la comunicazione del provvedimento impugnato.

3. Il ricorso di cui al comma 2, articolo 9 del presente Decreto avverso la decisione, adottata a norma del comma che precede dal Tribunale Unico, si propone da parte di chi vi abbia interesse al Giudice delle Appellazioni in sede di volontaria giurisdizione nei 30 giorni correnti successivi la comunicazione del provvedimento impugnato.

4. Lo svolgimento di entrambi i procedimenti di cui ai commi 2 e 3 è regolato dalle disposizioni di cui al precedente articolo 9, commi 3, 4 e 5.

#### Art. 12

(Disposizioni di coordinamento)

1. Ai sensi e per gli effetti del combinato disposto di cui agli articoli 9 della Legge 17 marzo 2005 n. 38 e 9 della Legge 17 marzo 2005, n. 37, l'iscrizione nel Registro dei trust, limitatamente agli atti ad essa soggetti, sostituisce a tutti gli effetti l'iscrizione nel Registro previsto dalla Legge 29 ottobre 1981 n. 85 e successive modifiche, essendo per l'effetto i soggetti designati esonerati dall'obbligo di iscrizione presso quest'ultimo Registro.

2. La previsione di cui al precedente comma 1 non trova applicazione qualora:

(i) l'atto istitutivo del trust sia stato redatto con la forma dell'atto pubblico secondo quanto previsto dall'articolo 6 comma 1 della Legge 17 marzo 2005, n. 37, dovendo in tal caso il Notaio – o i soggetti designati qualora questi non vi provveda – curare, oltre che la registrazione del relativo estratto nel Registro del trust, anche la registrazione dell'atto pubblico medesimo presso il Registro previsto dalla Legge 29 ottobre 1981 n. 85, e successive modifiche.

La registrazione dell'atto pubblico istitutivo del trust avverrà in esenzione di imposta a norma dell'articolo 9 comma 2 della Legge 17 marzo 2005 n. 38;

(ii) si riferisca ad ogni altro atto, anche se posto in essere nell'ambito e/o in esecuzione del trust, diverso da quelli di cui al precedente Articolo 2 comma 1, per i quali trovano, di contro, integrale applicazione le previsioni di cui alla citata Legge 29 ottobre 1981 n. 85 e successive modifiche, fatta sempre salva anche in tale ipotesi l'applicazione dell'articolo 9 comma 2, della Legge 17 marzo 2005, n. 38.

3. L'iscrizione nel Registro dei trust non esonera i soggetti competenti dall'obbligo di rendere pubblici mediante trascrizione nei pubblici registri i fatti di acquisto o di perdita di diritti reali immobiliari, quali indicati dalla Legge 29 ottobre 1981 n. 87 e successive modifiche. A tal fine, trovano integrale applicazione le disposizioni dettate nella citata Legge 29 ottobre 1981 n. 87 e successive modifiche, nonché le relative imposte.

4. Gli atti di disposizione compiuti a titolo di trust, siano essi costitutivi e/o esecutivi del trust medesimo, i quali abbiano ad oggetto fatti di acquisto o di perdita di diritti reali immobiliari, quali indicati dalla Legge 29 ottobre 1981 n. 87 e successive modifiche, devono essere trascritti, costituendone titolo idoneo, nei pubblici registri di cui alla citata Legge 29 ottobre 1981 n. 87.

## CAPO II – LIBRO DEGLI EVENTI

### Art. 13

(Libro degli eventi)

1. Il trustee istituisce, aggiorna e custodisce il Libro degli eventi, nel quale registra ogni avvenimento relativo al trust prescritto dalla legge e dall'atto istitutivo, nonché ogni altro avvenimento relativo al trust del quale ritenga opportuno conservare memoria.

2. Ciascun avvenimento sarà registrato in ordine cronologico, e di essi il trustee dovrà mantenere una raccolta completa e dettagliata.

### Art. 14

(Vidimazione del Libro degli eventi)

1. Il Libro degli eventi è tenuto su supporto cartaceo, in modo da garantire la integrità, la completezza, la disponibilità e la riservatezza delle relative risultanze.

2. Il Libro degli eventi dovrà essere vidimato dal notaio all'inizio di ogni anno solare, mediante bollatura in ogni foglio e con numerazione progressiva in ogni pagina con l'espressa indicazione del rispettivo anno solare. Sull'ultima pagina del Libro degli eventi vidimato per l'anno in corso, il Notaio dovrà attestare il numero totale dei fogli di cui è composto il Libro degli eventi.

### Art. 15

(Consultazione del Libro degli eventi)

1. Il Libro degli eventi dovrà essere esibito ai soggetti indica-

## Legislazione

ti al terzo comma dell'articolo 29 della Legge 17 marzo 2005 n. 37, su richiesta degli stessi, secondo le modalità e le forme ivi previste.

2. Il Libro degli eventi potrà altresì essere consultato da altri soggetti cui l'atto istitutivo attribuisca il relativo diritto e secondo le modalità e le forme all'uopo eventualmente previste.

Dato dalla Nostra Residenza, addì 10 giugno 2005/1704 d.F.R.

I CAPITANI REGGENTI

Fausta Simona Morganti – Cesare Antonio Gasperoni

IL SEGRETARIO DI STATO  
PER GLI AFFARI INTERNI

Rosa Zafferani

Segreteria di Stato per gli Affari Interni 2000 Tutti i diritti riservati.



# Il trust: diritto interno e Convenzione de L'Aja. Ruolo e responsabilità del notaio

**Pubblichiamo lo Studio del Consiglio Nazionale del Notariato  
"Il trust: diritto interno e Convenzione de L'Aja. Ruolo e responsabilità del notaio",  
approvato il 10 febbraio 2006.**

Lo studio dei temi riguardanti l'applicazione in Italia della Convenzione dell'Aja del 1985 relativa alla legge applicabile ai trusts e al loro riconoscimento da tempo impegna il mondo giuridico italiano. Lo studio presentato di seguito, approvato dal Consiglio Nazionale del Notariato in data 10 febbraio 2006, affronta alcuni temi scelti connessi all'argomento, con particolare riguardo a taluni profili vivacemente discussi dall'entrata in vigore della Convenzione ad oggi.

Esso intende raccogliere ed illustrare la riflessione maturata in proposito, al fine di consentirne il sereno esame da parte di tutti.

Il richiamo alla responsabilità professionale in relazione alla presentazione del tema è un fermo monito a tutti coloro che oggi si avvicinano all'istituto per saggiarne le possibilità operative. Per cogliere tali possibilità è necessaria la chiara consapevolezza delle questioni che il ricorso all'istituto solleva nel nostro Paese, nel quadro giuridico complesso in cui si colloca, costituito dalla Convenzione stessa, dal diritto straniero, dal diritto italiano, e il loro necessario approfondimento.

Fedele alla propria vocazione e tradizione, il notariato italiano, negli anni successivi alla ratifica da parte dell'Italia della Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985 (l. 16 ottobre 1989, n. 364), si è avvicinato con passione e intelligenza ai trusts, e si è così distinto nel quadro dei paesi interessati all'applicazione della Convenzione.

Lo studio presentato oggi si offre come opportunità per far risaltare lo sforzo collettivo compiuto a tale riguardo dal notariato italiano. Esso rappresenta al tempo stesso la prima tappa di un ulteriore percorso rivolto allo studio e all'approfondimento del tema nei suoi molteplici aspetti, che dovrà sicuramente essere affrontato con la sagacia e la preparazione che il notariato ha già saputo mobilitare dall'entrata in vigore della Convenzione ad oggi.

IL COORDINATORE DELLA  
COMMISSIONE PROPOSITIVA  
Ernesto Quinto Bassi

IL COORDINATORE DEL  
SETTORE STUDI  
Federico Tassinari

SOMMARIO: 1. La Convenzione de L'Aja e il trust interno. – 2. La scelta di una legge straniera e il diritto internazionale privato. – 3. Il riconoscimento del trust interno e l'articolo 13 della Convenzione. – 4. La responsabilità patrimoniale generale del debitore e la segregazione di beni. – 5. Adempimenti pubblicitari (in particolare: la trascrizione immobiliare). – 6. Trust interno: causa, interessi perseguiti e limiti al suo riconoscimento. – 7. Il ruolo e la responsabilità del notaio: considerazioni generali. – 8. Intervento in atto notarile di persona che si dichiara trustee. – 9. Conclusioni.

## 1. – La Convenzione de L'Aja e il trust interno.

La Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985 è stata ratificata dall'Italia in forza della l. 16 ottobre 1989, n. 364.

L'Italia è stato il secondo paese a ratificare la Convenzione (dopo il Regno Unito), con celerità inusuale, ed essa è entrata in vigore, ai sensi dell'art. 30 della Convenzione stessa, dopo il deposito del terzo strumento di ratifica ad opera dell'Australia, il 1° gennaio 1992.

Con tale ratifica si è creata una situazione apparentemente singolare, dal momento che il nostro paese (primo fra i paesi di *civil law*) si è impegnato, ai sensi dell'art. 11 della Convenzione, a riconoscere nel proprio ordinamento gli effetti dei trust che pos-

**Prassi negoziale**

seggono le caratteristiche di cui all'art. 2 della stessa Convenzione(1), senza però avere una disciplina interna generale della materia. Peraltro, il problema del "riconoscimento" dei trusts, si poneva in Italia ed in altri paesi già prima dell'entrata in vigore della Convenzione(2). Quest'ultima ha però sviluppato un regime internazionalprivatistico proprio per i trust, distinto cioè da quello applicato ad altri istituti, ad esempio al contratto. Nei Paesi in cui la Convenzione è in vigore il "riconoscimento" del rapporto riconducibile alla nozione di trust descritta nell'articolo 2 della Convenzione non passa ora più attraverso altre qualificazioni del medesimo rapporto, come invece avveniva in precedenza nella prassi di numerosi paesi estranei al mondo di *common law*, tra cui, per l'appunto, l'Italia.

Al pari di altre convenzioni di diritto internazionale privato, la Convenzione contiene una serie di norme "di salvaguardia"(3), che conducono all'applicazione del diritto richiamato da altre norme di conflitto del foro, o diritto del foro, su cui si tornerà oltre.

La questione che ha fatto sorgere negli ultimi anni un vasto – e a tratti acceso – dibattito dottrinale riguarda l'ammissibilità nel nostro ordinamento del cd. "trust interno"(4), cioè di un trust in cui, secondo la definizione datane da chi ha proposto tale espressione, tutti gli "elementi soggettivi e obbiettivi" siano "legati ad un 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"(5).

La fattispecie cui si fa principale riferimento è quella di un trust istituito in Italia da soggetti ivi residenti, su beni siti in Italia, a favore di beneficiari ivi residenti, e in cui eventualmente il trustee sia residente in Italia e altresì si svolga in Italia l'amministrazione dei beni del trust(6).

## 2. – La scelta di una legge straniera e il diritto internazionale privato.

Per affrontare la questione relativa alla fattispecie ora considerata, e per comprendere come essa sia posta, è necessario considerare che il secondo Capitolo della Convenzione ("Loi applicable/Applicable law") determina la legge applicabile al rapporto in primo luogo secondo la volontà del costituente (art. 6).

Solo se tale volontà manca interviene il criterio del collegamento più stretto (art. 7).

Recita in proposito l'art. 6 della Convenzione:

"A trust shall be governed by the law chosen by the settlor. The choice must be express or be implied in the terms of the instrument creating or the writing evidencing the trust, interpreted, if necessary, in the light of the circumstances of the case.

Where the law chosen under the previous paragraph does not provide for trusts or the category of trust involved, the choice shall not be effective and the law specified in Article 7 shall apply".

"Le trust est régi par la loi choisie par le constituant. Le choix doit être exprès ou résulter des dispositions de l'acte créant le trust ou en apportant la preuve, interprétées au besoin à l'aide des circonstances de la cause.

Lorsque la loi choisie en application de l'alinéa précédent ne connaît pas l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause, ce choix est sans effet et la loi déterminée par l'article 7 est applicable".

E nella traduzione italiana non ufficiale(7):

"Il trust è regolato dalla legge scelta dal costituente. La scelta deve essere espressa, oppure risultare dalle disposizioni dell'atto che costituisce il trust o portandone la prova, interpretata, se necessario, avvalendosi delle circostanze del caso.

Qualora la legge scelta in applicazione del prece-

### Note:

(1) La Convenzione è redatta in francese ed inglese, e fa fede il testo nell'una e nell'altra lingua. La Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato ha pubblicato i due testi, con il rapporto esplicativo, sul proprio sito web. Per comodità di lettura saranno citati nel testo gli articoli della Convenzione nella traduzione italiana non ufficiale, pubblicata sulla G.U. 8 novembre 1989, n. 261. Può essere utile confrontare con quest'ultimo, per la resa in italiano, la traduzione proposta dall'associazione "Il trust in Italia" a cura di Elena Incisa di Camerana, reperibile in *Quaderni della rivista Trusts e attività fiduciarie*, n. 1, 2001 oppure sul sito dell'associazione [www.il-trust-in-italia.it](http://www.il-trust-in-italia.it).

(2) Vedi per lo stato della questione all'epoca A. Dyer e H. Van Loon, *Rapport sur le trusts et institutions analogues*, in *Actes et documents de la Quinzième session (1984)*, tomo II, *Trust - Loi applicable et reconnaissance*, II, La Haye, Olanda, 1985, p. 10 ss, a p. 77 ss.

(3) Cfr. artt. 13, 15, 16, 18 e 19 della Convenzione stessa.

(4) L'espressione "trust interno" si deve a Maurizio Lupoi.

(5) Cfr. M. Lupoi, *Trusts*, Milano, 2001, p. 546.

(6) Per uno sguardo d'insieme sulla prassi in materia, si consenta di rinviare a D. Muritano, *Trust e diritto italiano: uno sguardo d'insieme (tra teoria e prassi)*, in *VN*, 2005, II, p. 466, e alla rassegna di dottrina e giurisprudenza ivi contenuta.

(7) La traduzione non ufficiale, curata da Elena Incisa di Camerana, è riportata in R. Dabormida – P. Dibari – A. Fusi – E. Incisa di Camerana – G. La Torre – D. Mazzone – F. Steidl, *Leggi tradotte, Quaderno n. 1 della rivista Trusts e attività fiduciarie* Milano, 2001, 2.

dente paragrafo non preveda l'istituzione del trust o la categoria del trust in questione, tale scelta non avrà valore e verrà applicata la legge di cui all'articolo 7".

Questa norma dice esattamente quanto si evince dal suo testo. Il punto è pacifico non solo in Italia, ma nei vari Paesi in cui la Convenzione è in vigore.

In effetti la formulazione della norma è avvenuta in seguito a un serrato dibattito, attestato dai lavori preparatori. In quella sede le varie proposte tendenti a limitare la facoltà di scelta della legge applicabile al rapporto furono via via respinte, fino ad arrivare alla testo attuale, come è stato puntualmente notato(8).

Non è dunque possibile leggere l'art. 6 come se dicesse: "Il trust è regolato dalla legge scelta dal costituente, purché tutti gli altri suoi elementi significativi non siano localizzati in uno stato che non conosce il trust". L'esame dei lavori preparatori della Convenzione e della relazione finale – a rigore superfluo, visto che il testo è chiarissimo – conferma in ogni caso che nessuna altra interpretazione diversa da quella letterale sarebbe corretta. Nel corso dei lavori preparatori vi furono proposte volte a limitare la possibilità di scelta della legge regolatrice in tal senso, e conseguentemente l'autonomia di scelta del costituente (v. ad es. il primo articolato dell'art. 3, terzo comma: "il peut ne pas être tenu compte de ce choix, lorsque ni le constituant ni l'objet du trust n'ont de liens réels avec la loi choisie" o la proposta del notariato latino "la legge del trust deve corrispondere o a quella nazionale del disponente o a quella del suo domicilio o della sua residenza o a quella del luogo ove il trust sarà amministrato o dove sono i beni o dove si realizza lo scopo principale"). La scelta finale fu però quella scritta nel testo attuale, che legittima la più ampia libertà di scelta da parte del costituente del trust(9).

Considerando questo profilo, si comprende perché i primi argomenti mossi in Italia contro l'ammissibilità del trust "interno" non fecero perno sul dato testuale della Convenzione, riguardante l'art. 6, ma sul rilievo – per così dire – sistematico circa la natura della Convenzione, la quale è, in effetti, una Convenzione di diritto internazionale privato(10). Si è così sostenuto che la Convenzione non avrebbe dovuto avere applicazione con riguardo al trust "interno" in quanto tale fattispecie non manifesterebbe alcun profilo di internazionalità. Questa opinione però non trova conforto né nel testo della Convenzione, né nei lavori preparatori. Tale opinione fa appello all'idea secondo cui, affinché possa operare il

richiamo alla legge straniera, la fattispecie deve presentare (qualificati) elementi di estraneità rispetto all'ordinamento italiano. La mera scelta della legge straniera non sarebbe però in grado di soddisfare il suddetto requisito. Il rilievo richiama alla mente quelle opinioni che ammettevano la possibilità per

Note:

(8) M. Lupoi, *Trusts*, cit., pp. 533 ss., con riferimento ai lavori preparatori della Convenzione.

(9) Cfr. per riferimenti M. Lupoi, *Trusts*, cit. pp. 520 ss.

(10) In particolare da G. Broggin, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, in AA.VV., *I trusts in Italia oggi*, a cura di I. Beneventi, Milano, 1996, p. 11; G. Broggin, *Trust e fiducia nel diritto internazionale privato, in Europa e diritto privato*, 1998, p. 410 ss.; F. Gazzoni, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista "non vivente" su trust e trascrizione*, in RN, 2001, p. 11; F. Gazzoni, *In Italia tutto è permesso, anche quel che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul trust e su altre bagattelle)*, in RN, 2001, p. 1247; C. Castronovo, *Trust e diritto civile italiano*, in VN, 1998, p. 1323; L. Ragazzini, *Trust interno e ordinamento giuridico italiano*, in RN, 1999, p. 279; S. Mazzamuto, *Il trust nell'ordinamento italiano dopo la Convenzione dell'Aja*, in VN, 1998, p. 754. Tale argomento non sembra essere stato affrontato con sufficiente approfondimento dalle pronunce giurisprudenziali in tema di trust interno. Le pronunce giurisprudenziali che dedicano spazio al tema sono Trib. Belluno, 25 settembre 2002 (decr.), in TAF (in seguito: TAF), 2003, p. 255 (che, con ragionamenti che paiono non condivisibili giunge a negare l'ammissibilità dei trust interni), e Trib. Bologna 1° ottobre 2003 n. 4545, in TAF, 2004, p. 72.

Altri provvedimenti giurisdizionali si sono fino ad oggi occupati nel nostro paese di trust interno: v., fra i più recenti, Trib. Pisa, 22 dicembre 2001, in TAF, 2002, p. 241; Trib. Bologna, 16 giugno 2003, in TAF, 2003, p. 580; Trib. Bologna, 1° ottobre 2003, n. 4545, in TAF, 2004, p. 72; Trib. Trento, sez. Cavalese, Giudice Tavolare, 20 luglio 2004, in TAF, 2004, p. 573; Trib. Brescia, 12 ottobre 2004, n. 4185, in TAF, 2005, p. 83; Trib. Venezia 4 gennaio 2005 in TAF, 2005, p. 245; Trib. Parma 3 marzo 2005, in TAF 2005, p. 409, che con sentenza nel procedimento di ammissione alla procedura di concordato preventivo dispone che il commissario giudiziale dia attuazione ad un trust "interno", Trib. Trento 7 aprile 2005 in TAF, 2005, p. 406; Trib. Velletri 7 marzo 2005, in TAF, 2005, p. 407; Trib. Velletri 29 giugno 2005, in TAF, 2005, p. 577; Trib. Milano 8 marzo 2005, in TAF, 2005, p. 585; Cass. pen., Sez. VI, 18 dicembre 2004, in TAF, 2005, p. 574; Trib. Trieste, Giudice Tavolare, 23 settembre 2005 e Trib. Firenze 2 luglio 2005, in TAF, 2006, p. 83 e p. 89. Esistono altre pronunce che riconoscono indirettamente l'ammissibilità di trust interni pronunciandosi favorevolmente in relazione alla trascrizione del vincolo in trust nei registri immobiliari: Trib. Chieti, 10 marzo 2000, in TAF, 2000, p. 372; Trib. Bologna, 18 aprile 2000, in TAF, 2000, p. 372; Trib. Milano, 8 ottobre 2002, in TAF, 2003, p. 270; Trib. Verona, 8 gennaio 2003, in TAF, 2003, p. 409; Trib. Parma, 21 ottobre 2003, in TAF, 2004, p. 73, in tema di trust autodichiarato. Sempre in relazione ad un trust autodichiarato, in una vicenda in verità un po' particolare, Trib. Napoli, 1° ottobre 2003, in TAF, 2004, p. 74, ha dichiarato tale tipologia di trust non contemplata dalla Convenzione e quindi non riconoscibile in Italia, mentre in secondo grado App. Napoli, 27 maggio 2004, in TAF, 2004, p. 570, ha ritenuto il trust valido ma non trascrivibile (sulla trascrizione del vincolo in trust cfr. *infra*, par. 5).

Infine, si segnala Trib. Santa Maria Capua Vetere (decr.), 14 luglio 1999, in TAF, 2000, p. 251, in quanto (unitamente a quelli già citati del Tribunale di Belluno e del Tribunale di Napoli) completa il novero delle pronunce contrarie al riconoscimento del trust interno in Italia.

Una rassegna completa delle pronunce giurisprudenziali in materia si trova in D. Muritano, *Trust e diritto italiano*, cit. Tutte le sentenze e i decreti italiani in materia di trust fino alla prima metà del 2005 si trovano ora ordinatamente raccolti in La giurisprudenza italiana sui trusts, Quaderno n. 4 della rivista *Trusts e attività fiduciarie*, Milano, 2005

**Prassi negoziale**

le parti di scegliere la legge applicabile al contratto, in quanto il contratto fosse oggettivamente "internazionale". Un esempio di tale soluzione, sul piano positivo, è dato dalla Convenzione dell'Aja del 15 giugno 1955 sulla legge applicabile alle vendite a carattere internazionale di oggetti mobili corporali. L'articolo 1 di tale Convenzione, nel regolare il campo di applicazione, stabilisce per l'appunto che essa si applica: "*aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels*". Ma questa è solo una delle scelte possibili.

È noto che la Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ha accolto un approccio diverso, come risulta dal suo articolo 1 e dal comma 3 dell'articolo 3(11) che, nel prevedere la libertà di scelta della legge regolatrice, contiene una salvaguardia delle "disposizioni imperative" riguardo ai rapporti per il resto del tutto legati ad un unico paese. Ed in effetti, i lavori preparatori di tale Convenzione, che per espressa previsione non si applica: "*alla costituzione di "trusts" né ai rapporti che ne derivano tra i costituenti, i "trustees" e i beneficiari*" (art. 1, comma 2, lett g), recano traccia delle resistenze che indussero ad abbandonare l'altra via.

In relazione alla Convenzione dell'Aja che è oggetto del presente studio il rilievo dato in sede di interpretazione alla necessaria presenza di oggettivi e qualificati elementi di internazionalità della fattispecie per poter far luogo all'applicazione della Convenzione dell'Aja è dunque da scartare, poiché la Convenzione relativa al trust non limita il proprio campo di applicazione in tal modo, a differenza di altre Convenzioni internazionali.

Il campo di applicazione della Convenzione è infatti delimitato dal suo primo capitolo ("*Champ d'application/Scope*"), contenente gli articoli da 1 a 5. Questi articoli non escludono affatto il trust "interno" dal campo di applicazione della stessa Convenzione.

La Convenzione, nel delimitare il proprio campo di applicazione, individua i tratti distintivi del fenomeno cui si applica, e cioè il trust, all'art. 2:

"Ai fini della presente Convenzione, per trust s'intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona, il costituente – con atto tra vivi o *mortis causa* – qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di un trustee nell'interesse di un beneficiario o per un fine specifico.

Il trust presenta le seguenti caratteristiche:

a) i beni del trust costituiscono una massa distinta e non fanno parte del patrimonio del trustee;

b) i beni del trust sono intestati a nome del trustee o di un'altra persona 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 secondo i termini del trust e le norme particolari impostegli dalla legge.

Il fatto che il costituente conservi alcune prerogative o che il trustee stesso possieda alcuni diritti in qualità di beneficiario non è necessariamente incompatibile con l'esistenza di un trust".

Gli articoli successivi del medesimo capitolo stabiliscono inoltre che essa:

– si applica solo ai trust istituiti volontariamente e provati per iscritto (art. 3);

– non si applica alle questioni preliminari relative alla validità dei testamenti o di altri atti giuridici in virtù dei quali determinati beni sono trasferiti al trustee (art. 4);

– non si applica se la legge specificata al successivo capitolo II non preveda l'istituto del trust o la categoria del trust in questione (art. 5).

Il punto su cui è necessario soffermarsi è legato all'interpretazione da dare all'articolo 5:

"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".

Un Autore, sostenendo che "*Il dettato dell'art. 5 è*

**Nota:**

(11) Il terzo comma dell'art. 3 della Convenzione di Roma, richiamata dall'art. 57 della nostra legge di riforma del diritto internazionale privato, n. 218 del 31 maggio 1995, così recita: "La scelta di una legge straniera ad opera delle parti, accompagnata o non dalla scelta di un tribunale straniero, qualora nel momento della scelta tutti gli altri dati di fatto si riferiscano a un unico paese, non può recare pregiudizio alle norme alle quali la legge di tale paese non consente di derogare per contratto, qui di seguito denominate "disposizioni imperative"".

Sull'applicazione della Convenzione di Roma a contratti puramente interni, v. in particolare S.M. Carbone, *Trust interno e legge straniera*, in TAF, 2003, p. 333; R. Luzzatto, "*Legge applicabile*" e "*riconoscimento*" di trusts secondo la Convenzione dell'Aja, in TAF, 2000, p. 7, spec. pp. 14 ss.; L. Rovelli, *Libertà di scelta della legge regolatrice*, in TAF, 2001, p. 505; A. Gambaro, *Trasferimento di quote sociali al trustee: iscrizione nel registro delle imprese*, in TAF, 2000, p. 225, in commento alla citata sentenza del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere; F. Mosconi, *Diritto internazionale privato e processuale*, I, Torino, 1996, p. 169; N. Boschiero, voce *Obbligazioni contrattuali (dir. internaz. priv.)*, in EdD, aggiorn., vol. IV, Milano, 2000, p. 821 ss.; L. Forlati Picchio, voce *Contratto nel diritto internazionale privato*, in *DigPriv.*, vol. IV, Torino, 1999, pp. 214 ss.; G. Petrelli, *Formulario notarile commentato*, vol. III, tomo I, Milano, 2003, p. 605.

La possibilità di scelta di una legge straniera per regolare un rapporto contrattuale per il resto del tutto interno era già ammessa nell'art. 25 delle disposizioni sulla legge in generale premesse al codice civile (cd. preleggi), oggi abrogato dalla legge 31 maggio 1995, n. 218 (riforma del diritto internazionale privato).

imperativo e quindi assai più rilevante dell'art. 13, di solito invocato per sostenere la discrezionalità offerta al giudice di un ordinamento che non conosce il trust", ritiene che esso vieterebbe di applicare la Convenzione quando il trust presenti collegamenti più stretti, secondo l'art. 7, con un ordinamento che non conosce il trust(12).

Questa lettura della norma non è puntuale. La legge cui si riferisce l'art. 5 è determinata da due norme poste nel capitolo secondo della Convenzione dedicato proprio alla legge applicabile, cioè l'articolo 6, secondo cui il trust è retto dalla legge scelta dal costituente, e l'articolo 7, per cui, in mancanza del primo criterio, opera il criterio del collegamento più stretto (art. 7). In astratto, è possibile, evidentemente, che la legge scelta dal costituente (o in difetto di scelta del costituente, la legge con cui il trust presenta il collegamento più stretto) non conosca l'istituto del trust, o la categoria di trust in questione. Può accadere, ad esempio, che il costituente del trust voglia costituire un "purpose trust" (trust di scopo) per fini che non hanno di mira la pubblica utilità (*non-charitable*), e scelga come legge regolatrice la legge di un paese che non ammette tale figura(13). L'art. 5 della Convenzione disciplina quindi tale caso, e non invece, come si vorrebbe, quello affatto diverso, in cui il costituente del trust "interno" abbia scelto per legge regolatrice, ad esempio, la legge di Jersey, che conosce la figura. L'articolo 5 della Convenzione si guarda bene dall'escludere quest'ultima ipotesi dal campo della sua applicazione.

Alla luce di quanto detto, il riferimento all'art. 5 della Convenzione è fuori luogo rispetto al problema di stabilire il regime del trust interno. Tale articolo non vieta certo i trust interni, ma stabilisce che la Convenzione non possa trovare applicazione qualora un trust venga istituito in forza dell'autonomia privata, senza che possa individuarsi una legge che lo regolamenti. Questo avviene – come abbiamo visto – quando, in mancanza di una scelta o in caso di scelta errata della legge, i criteri di collegamento portino ad una legge che non preveda l'istituto del trust, o la categoria del trust in questione. Si vuole cioè evitare che il trust si situi in un vuoto normativo in cui, oltre le disposizioni dell'atto istitutivo, non si abbia una legge regolatrice. Non si tratta certo di una norma inutile, in quanto precisa che la Convenzione non estende la sua applicazione a questa eventualità.

Con riguardo a tale eventualità e cioè alla creazione degli stessi effetti di un trust senza ricorrere ad

una legge che regolamenti la fattispecie, ma utilizzando la sola autonomia privata, è opportuno dare conto della riflessione, condotta da illustre dottrina(14), secondo cui gli scopi che si perseguono attraverso il ricorso al trust interno (con relativa scelta di una legge straniera regolatrice), potrebbero trovare realizzazione nel nostro ordinamento mediante l'utilizzo dei soli strumenti propri del diritto interno, senza alcuna necessità di fare riferimento alla Convenzione.

Tale tesi, riprendendo alcune ricostruzioni della dottrina più moderna, riguardo la centralità dell'autonomia negoziale privata, la flessibilità delle strutture giuridiche rispetto agli interessi da perseguire e la necessaria corrispondenza fra gli assetti degli interessi come fissati dall'autonomia privata e gli effetti giuridici degli atti, rivendica piena cittadinanza nel nostro ordinamento a tutti gli atti volti ad imprimere vincoli di destinazione a beni, trasferiti in modo puramente strumentale ad un gestore, al fine di farli pervenire a soggetti beneficiari.

Più precisamente, ogni volta che, nel nostro ordinamento, un atto attributivo sia accompagnato da uno di destinazione, non sarebbe corretto riconoscere effetti *erga omnes* al solo atto attributivo ed effetti esclusivamente *inter partes* all'atto di destinazione, sulla base dell'assunto (ritenuto dall'autore di dubbia costituzionalità) che solamente il negozio attributivo possa avere rilevanza esterna e fungere da "indice della circolazione dei diritti", mentre i "negozi destinatari" (salvo il caso della fondazione), parimenti ad ogni altro tipo di pattuizione contenuta nell'atto, possano avere solamente rilevanza interna.

Secondo tale autore, pertanto, un "negozio atipico di destinazione" retto dal diritto italiano sarebbe in grado autonomamente di produrre nel nostro ordinamento effetti segregativi identici a quelli che la

Note:

(12) Cfr. G. Broggin, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, cit., p. 21.

(13) Per un caso di questo genere: *Dubai Aluminium Company Limited v. Deloitte Haskins & Sells, Coopers & Lybrand Deloitte, Fox & Gibbons* (QBD (Comm Ct), 6 luglio 2001). Un primario studio di sollicitors inglesi che operava per clienti del Dubai scelse nella specie come legge applicabile al trust il diritto dell'Emirato del Dubai, che però non conosce l'istituto del trust.

(14) Cfr. G. Palermo, *Contributo allo studio del trust e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano*, in *RDComm.*, 2001, I, p. 391; Id., *Sulla riconducibilità del "trust interno" alle categorie civilistiche*, in *RDComm.*, 2000, I, p. 133.

**Prassi negoziale**

Convenzione dell'Aja riconosce ai trust cui essa si applica (cioè quelli che presentano le caratteristiche di cui all'art. 2 della Convenzione stessa), riducendosi così la questione dell'applicazione della Convenzione al trust interno ad uno "pseudo-problema".

Questa tesi ha recentemente trovato riscontro in un provvedimento<sup>(15)</sup> che, nel negare l'applicabilità della Convenzione dell'Aja al trust interno, ha ritenuto ammissibile l'istituzione di un trust interno (riconoscendone i relativi effetti) in quanto "negozio atipico degno di tutela in ragione della meritevolezza degli interessi perseguiti ai sensi degli art. 1322 e 1324 c.c."

Oggi questa tesi pare da ultimo avere trovato riconoscimento da parte del nostro legislatore con il recentissimo inserimento dell'art. 2645-ter c.c.<sup>(16)</sup> che nel prevedere la possibilità di trascrivere atti di destinazione diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela ai sensi dell'articolo 1322, secondo comma, sembra riconoscere implicitamente alla nostra autonomia privata la possibilità di creare "rapporti giuridici" rientranti nella definizione di trust secondo l'art. 2 della Convenzione dell'Aja.

Non è compito di questo scritto commentare la tesi sopra riportata né la norma appena inserita nel nostro codice civile, quel che è certo è che aderendo a tale tesi ed ora a seguito del nuovo art. 2645-ter c.c. il nostro Stato non può più essere annoverato tra quelli che "non prevedono l'istituto del trust" e conseguentemente l'art. 13 della Convenzione dell'Aja non potrebbe più essere invocato per negare il riconoscimento ad un trust interno.

### 3. – Il riconoscimento del trust interno e l'art. 13 della Convenzione<sup>(17)</sup>

Come si è sopra chiarito, se le parti scelgono una legge regolatrice che preveda l'istituto del trust, la Convenzione è pacificamente applicabile, con il conseguente obbligo per lo Stato in cui la Convenzione è in vigore (salvo quanto disposto dall'art. 13 e dalle altre norme di salvaguardia contenute nella Convenzione) di riconoscere il trust (capitolo III della Convenzione) con gli effetti di cui agli artt. 11 e seguenti della stessa Convenzione.

Risulta dunque comprensibile perché, nell'approfondire il tema, l'attenzione degli interpreti – in particolare della dottrina – si sia appuntata soprattutto sull'art. 13 della Convenzione.

Nei due testi che fanno fede la norma recita:

"Aucun Etat n'est tenu de reconnaître un trust dont les éléments significatifs, à l'exception du choix de la loi applicable, du lieu d'administration et de la résidence habituelle du trustee, sont rattachés plus étroitement à des Etats qui ne connaissent pas l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause.

No State shall be bound to recognize a trust the significant elements of which, except for the choice of the applicable law, the place of administration and the habitual residence of the trustee, are more closely connected with States which do not have the institution of the trust or the category of trust involved".

La traduzione italiana non ufficiale reca:

"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".

Questa norma fu effettivamente introdotta nella Convenzione come "clausola di salvaguardia a favore degli Stati che non conoscono il trust"<sup>(18)</sup> o la categoria di trust in questione, essenzialmente per rimuovere un ostacolo che si poteva frapporre al successo della Convenzione.

Come rileva il *Rapporto* di von Overbeck, la norma: "permette al giudice di uno Stato che non conosce il trust di rifiutarne il riconoscimento in quanto egli reputi che si tratti di situazione interna"<sup>(19)</sup>.

Giova quindi osservare (riservandoci di approfondire fra breve l'elemento dell'*abuso*, che pure è richiamato nel *Rapporto* di von Overbeck<sup>(20)</sup>) che la

#### Note:

(15) Trib. Velletri (ord.) 29 giugno 2005, in *TAF*, 2005, p. 577 e in *Eur. e dir. priv.*, 2005, p. 785, con commento di S. Mazzamuto, *Trust interno e negozio di destinazione*.

(16) Art 39-novies del Decreto Legge n. 273 del 30 Dicembre 2005 convertito in legge il 9 febbraio 2006.

(17) Questo paragrafo è stato redatto con il fondamentale contributo del Prof. Michele Graziadei, che ringraziamo.

(18) Cfr. A.E. von Overbeck, *Rapport explicatif* § 123, in *Actes et documents*, cit., p. 397: "La faculté prévue par l'article 13 est ouverte aux juges de tous les Etats contractants, mais il est évident qu'il s'agit en fait d'une clause de sauvegarde en faveur des Etats ne connaissant pas le trust."

(19) Id., § 124, p. 397: "On notera encore que cette disposition permet au juge d'un Etat ne connaissant pas le trust de refuser la reconnaissance du trust parce qu'il estime qu'il s'agit d'une situation interne."

(20) Id., § 123: "La clause sera surtout utilisée par les juges qui estiment que la situation a été abusivement soustraite à l'application de leur propre loi."

norma si indirizza genericamente alle situazioni “interne”, ma proprio per questa ragione sarebbe erroneo far leva su di essa per determinare il campo oggettivo di applicazione della Convenzione sul piano del diritto internazionale. La stessa Convenzione toglie infatti ogni dubbio circa il fatto che la norma regoli il riconoscimento del trust, ai sensi del capitolo III, in cui l’art. 13 è inserito, e non invece l’ambito di applicazione della Convenzione.

La lettura della norma rivela che essa facoltizza, e non impone di non riconoscere effetto al trust cui essa si riferisce.

L’articolo citato è del tutto coerente con la lettura dell’articolo 6 offerta nel paragrafo precedente, secondo cui il trust interno è validamente retto dalla legge straniera scelta dal costituente. La norma infatti non avrebbe ragione d’essere se la scelta della legge effettuata ai sensi dell’articolo 6 fosse semplicemente invalida, o estranea al campo di applicazione della Convenzione, in relazione all’ipotesi considerata nell’articolo 13. L’art. 13 può quindi condurre a negare effetto al trust ma non *deve* condurre in ogni caso a disapplicare la legge straniera scelta dal costituente.

Pertanto, il trust interno, retto dalla legge straniera scelta dal costituente ai sensi dell’articolo 6 della Convenzione, è valido e non affetto da alcun profilo di nullità che non derivi dal diritto straniero (proprio in quanto ad esso si applica la Convenzione) o dalla manifesta contrarietà all’ordine pubblico. Alla stessa stregua sono validi i negozi di dotazione dei beni al trustee che trovano causa nel trust, anche qualora il giudice neghi, per ragioni diverse dalla sua manifesta incompatibilità con l’ordine pubblico<sup>(21)</sup>, il riconoscimento del trust, in forza dell’art. 13 della Convenzione, dal momento che ciò avrà come sola conseguenza l’impossibilità che il trust produca gli effetti di cui all’art. 11 della Convenzione stessa nel nostro ordinamento<sup>(22)</sup>.

Tale facoltà si comprende proprio perché la Convenzione mirava anche a dissipare i timori che i delegati dei paesi dell’area continentale portavano al tavolo delle trattative circa il fatto che l’istituto potesse così giungere ad essere ricevuto nei paesi di *civil law* in maniera incontrollata.

L’interpretazione qui avanzata è coerente con i canoni interpretativi da applicare alla Convenzione in commento secondo la Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati, e secondo l’art. 2, comma 2, della nostra legge di diritto internazionale privato.

In particolare l’art. 31, comma 1, della Convenzione di Vienna, secondo cui: “*Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but*”<sup>(23)</sup> conduce precisamente ad accogliere l’interpretazione illustrata, in quanto il senso ordinario dei vocaboli conduce ad essa, nel rispetto dell’oggetto e dello scopo della Convenzione stessa<sup>(24)</sup>. L’interpretazione stessa deve ritenersi conforme a buona fede, poiché non è sviluppata per violare le obbligazioni derivanti dalla Convenzione dell’Aja, bensì per consentire piuttosto che essa abbia effetto, nel rispetto della norma posta dal suo art. 13.

Senza dubbio, il giudice italiano, in base all’articolo citato, potrebbe negare effetto al trust interno, e ricondurre la fattispecie all’applicazione del diritto italiano. Così il *Rapporto* di von Overbeck è esplicito nel ritenere che l’art. 13: “*sarà soprattutto utilizzato dai giudici che reputano che la situazione sia stata abusivamente sottratta all’applicazione del loro diritto*”<sup>(25)</sup>. Nell’effettuare tale operazione il giudice rimane però soggetto alla legge. Per rispettare il principio di legalità l’esercizio di tale potere non può tuttavia trasformarsi in arbitrio, in scelta capricciosa<sup>(26)</sup>. La scelta di negare effetto al trust regolato dalla legge straniera-

.....  
**Note:**

(21) La contrarietà manifesta del trust all’ordine pubblico comporta la disapplicazione della Convenzione ai sensi dell’art. 18 dello stesso testo, si avrà quindi la caducazione sia del trust che dei negozi dispositivi.

(22) Di diversa opinione M. Lupoi, *Lettera a un notaio conoscitore dei trusts*, in RN, 2001, pp. 1161-1162 il quale ritiene che il diniego del riconoscimento comporti la nullità del trust e conseguentemente la nullità degli atti di dotazione per mancanza di causa.

(23) La regola generale di interpretazione posta dall’art. 31 precisa che oltre al contesto deve tenersi conto anche di ogni: “*pratique ultérieurement suivie dans l’application du traité par laquelle est établi l’accord des parties à l’égard de l’interprétation du traité*”. I mezzi sussidiari di interpretazione contemplati dall’art. 32 (tra cui in particolare i lavori preparatori e le circostanze relative alla conclusione del trattato), sono invece ammessi per confermare l’interpretazione ottenuta in modo conforme all’art. 31, oppure per determinare il senso della norma, allorché l’interpretazione basata sull’art. 31 conduca ad un senso ambiguo o oscuro, o ad un risultato manifestamente assurdo o irragionevole.

(24) Sul punto S. Bariatti, *L’interpretazione della Convenzioni internazionali di diritto uniforme*, Milano, 1986, p. 183 “*Il metodo di interpretazione adottato dalla Convenzione ha natura prevalentemente oggettiva...*”, per quanto poi l’oggettivismo debba ritenersi “*qualificato*” p. 185.

(25) A.E. von Overbeck, *Rapport explicatif*, cit., § 123, p. 397. Vedi indietro la nota 16 che riporta il testo nell’originale francese.

(26) Trib. di Bologna 1° ottobre 2003, n. 4545 giudica inammissibile una interpretazione dell’art. 13 tale da implicare un disconoscimento obbligatorio o – peggio – “*capriccioso*” dei trust interni.

**Prassi negoziale**

ra solo perché il trust è localizzato in Italia si qualifica come “capricciosa”, sotto il profilo dello stretto diritto, ed anche per considerazioni di ordine sostanziale.

Sotto il profilo dello stretto diritto, bisogna rilevare che la prassi internazionale – rilevante in sede di interpretazione di una convenzione internazionale, come regola generale di interpretazione – non incoraggia il disconoscimento del trust in base all’art. 13 della Convenzione(27).

Vi è da notare anzitutto che l’art. 13 della Convenzione non è stato riprodotto nel Recognition of Trusts Act 1987, la legge con cui il Regno Unito ha ratificato la Convenzione. È quindi pacifico che il trust “interno” debba essere riconosciuto nel Regno Unito, salvi i limiti all’operare di tale legge ai sensi di altre norme della Convenzione, ed in particolare dell’articolo 18 della Convenzione, riguardante l’ordine pubblico(28). La prima lite decisa nel Regno Unito in base alla Convenzione depone a favore della piena autonomia del disponente nella scelta della legge applicabile(29). È bene inoltre ricordare che il Regno Unito ha dato effetto alla Convenzione, nel testo ora menzionato, anche per i seguenti Paesi: Bermuda, Isole Vergini britanniche, Isole Falkland, Gibilterra, Isola di Man, Sant’Elena e alcuni altri territori per cui ha la rappresentanza internazionale, ed ha poi esteso l’applicazione del medesimo testo anche a Monserrat, Jersey, Guernsey, Turks and Caicos Islands, e ad Hong Kong (ora Regione Amministrativa Speciale della Repubblica popolare cinese).

La prassi che così si attesta offre una prima chiara indicazione riguardo al tema.

Con la propria legge di ratifica della Convenzione, Malta ha chiaramente optato per la medesima soluzione(30).

Una indicazione di segno analogo ulteriore si ricava esaminando la legislazione di San Marino, il paese che più di recente ha aderito alla Convenzione dell’Aja e si è anche munito di un legge che disciplina in linea generale il trust. La legge sammarinese del 17 marzo 2005, n. 37, relativa a tale istituto, all’art. 1, prevede espressamente la figura del “trust estero”, che è designato come il trust la cui legge applicabile è la legge sul trust di uno Stato estero. La legge di San Marino non solleva dubbi circa la possibilità di sottoporre alla legge straniera un trust interamente localizzato in San Marino. Anzi, richiede espressamente che, nel costituire il trust, il costituente debba in-

dicare la legge regolatrice del trust (art. 8, lett e), sposando così apertamente la libertà di scelta della legge applicabile sancita dall’art 6 della Convenzione. In quell’ordinamento è dunque ipotizzabile solo un’applicazione residuale dell’articolo 13. Essa appare in effetti piuttosto remota, soprattutto con riguardo all’ipotesi di trust amministrato da trustee sammarinese, ma costituito da italiani non residenti in San Marino. In tal caso infatti l’ordinamento di San Marino dovrebbe negare riconoscimento del trust retto dalla legge straniera scelta dal costituente in omaggio ad un diritto, quello italiano, che non è il diritto del foro.

Il diritto lussemburghese, che ha riformato di recente la propria legge sulla *fiducie*, pare a sua volta indirizzato in tal senso(31).

Il diritto dei Paesi Bassi si allinea a sua volta alle precedenti esperienze nell’offrire una lettura restrittiva dell’art. 13(32). Lo Hoge Raad nel 1998 ha infatti riconosciuto nei Paesi Bassi un trust retto dalla legge di Jersey che era stata scelta mediante un atto costitutivo posto in essere in Inghilterra da parte di un

**Note:**

(27) Avvertiva peraltro correttamente P. Piccoli, *La Convenzione de L’Aja sulla legge applicabile ai trusts, dell’1 luglio 1985, ratificata il 16 ottobre 1989 ed i riflessi di interesse notarile*, in AA. VV., *Fiducia, trust, mandato e agency*, Milano, 1991, p. 137 ss., a p. 149, che: “l’assenza di un meccanismo di interpretazione unitario della convenzione nel caso di divergenti interpretazioni da parte dei giudici nazionali (...) potrà determinare, in taluni casi, scarsa uniformità nella applicazione normativa”.

(28) Il punto è pacifico per tutti i commentatori. Si veda in proposito l’analisi di L. Smith, in M. Graziadei, U. Mattei, L. Smith, *Commercial Trusts in European Private Law*, Cambridge, 2005, p. 410 ss.; è invece aperta la discussione intorno a cosa possa costituire violazione dell’ordine pubblico ai sensi dell’art. 18 della Convenzione. La medesima soluzione è accolta riguardo al diritto scozzese: G. Gretton, *ibid.*, p. 424, ss., secondo cui è improbabile che l’art. 18 venga effettivamente invocato per disattendere la scelta della legge straniera.

(29) *Re Barton (Deceased)*, [2002] EWHC 264, [2002] WTLR 469 (Ch). Il giudice che ha reso la sentenza è Lawrence Collins.

(30) *An act to enable Malta to ratify the Convention on the law applicable to trusts and on their recognition, and to make certain amendments to the offshoring Trusts Act*, cap. 331, Act n. XX of 1994.

(31) Loi du 27 juillet 2003 relative au trust et aux contrats fiduciaires, pubblicata in *Mém. 4 n° 124* del 3 settembre 2003, p. 2620. Vedi in proposito S. Jacoby, in M. Graziadei, U. Mattei, L. Smith (cur.), *Commercial Trusts*, cit., p. 421-422.

(32) Nei Paesi Bassi la Convenzione è stata ratificata con la legge intitolata *Wet conflictenrecht trusts*, Staatsblad 1995, 505. Sulla ratifica della Convenzione in tale paese: A. E. Von Overbeck, *La ratification de la Convention de La Haye sur le Trust par les Pays-Bas: un exemple pour la Suisse?*, in *Collisio Legum, Studi di diritto internazionale privato per Gerardo Broggin*, Milano, 1996, p. 367 ss.



costituente residente nei paesi Bassi, con nomina di trustee di Jersey(33).

L'Australia ha ratificato la Convenzione nel suo testo integrale, ed al momento non constano pronunce sul punto.

Il Canada ha ratificato la Convenzione per le province del British Columbia, Alberta, Saskatchewan, Manitoba, New Brunswick, St. John's, Newfoundland e Labrador, Prince Edward Island. In ciascuna di queste province la Convenzione è entrata in vigore per legge nel suo testo integrale(34). Al momento non constano decisioni rese sulla materia qui considerata. Nelle province dell'Ontario, Nova Scotia e nei Northwest Territories rimane in vigore il *common law*. Il codice civile del Québec ha accolto una disciplina internazionalprivatistica dell'istituto basata sulla piena autonomia nella scelta della legge applicabile al trust(35).

Gli sviluppi più recenti sul piano internazionale riguardano il diritto elvetico(36). Con un messaggio del 20 ottobre 2004 il Dipartimento federale per la giustizia inviava in consultazione la proposta di decreto di ratifica della Convenzione dell'Aja relativa alla legge applicabile ai trust e al loro riconoscimento e di modifica di alcune norme interne. Terminata con pareri largamente favorevoli la procedura di consultazione il 31 gennaio 2005, il 5 dicembre 2005 il Consiglio federale svizzero licenziava il messaggio concernente la ratifica della Convenzione dell'Aja sui trust(37). Il progetto di decreto cui il messaggio si riferisce elimina in sede di ratifica l'articolo 13 della Convenzione, al pari di quanto avevano già fatto il Regno Unito (anche per i numerosi paesi e territori sopra citati) e Malta.

La procedura di consultazione avviata dal Dipartimento federale per la giustizia sottoponeva al parere degli interpellati sia la proposta di non riprendere l'art. 13 della Convenzione nel testo di ratifica (con una variante che ne limitava portata), sia la proposta mirante a negare effetto ai trust interni. La prima veniva salutata con favore, la seconda veniva invece respinta dalla maggior parte degli interpellati o intervenienti nella consultazione. In particolare, la proposta di norma tendente ad escludere che trust interni potessero avere effetto veniva rigettata da alcuni tra i più eminenti studiosi del diritto internazionale privato(38). Il messaggio del Consiglio federale accoglie tali opinioni, e quindi propone un decreto di ratifica il quale: "exprime la volonté de la Suisse de renoncer à se prévaloir de la clause d'exception prévue à l'art. 13 de la convention"(39). Il messaggio in-

viato dal Consiglio federale spiega perché il testo proposto non contenga alcuna disposizione contraria al riconoscimento dei trust interni, contro cui si era invece levata qualche voce in sede di consultazione: "Après avoir évalué les résultats de la consultation et pesé tous les arguments, l'élément déterminant de la décision a été que les art. 4, 15, 16 et 18 de la convention, en liaison avec les art. 17 et 18 LDIP offrent une protection suffisante contre la possibilité d'éluder le droit suisse"(40).

Questi indirizzi si comprendono agevolmente poiché la Convenzione, oltre all'art. 13 citato, contiene le norme di salvaguardia già ricordate, che limitano gli effetti annessi alla legge straniera e alla stessa Convenzione. Considerato l'operare incondizionato di tali norme si comprende il tenore facoltativo della disposizione contenuta nell'art. 13, e poi le resistenze ad ammettere perfino la necessità di tale disposizione facoltativa.

Note:

(33) La sentenza della Corte suprema olandese del 18 novembre 1998, n. 31.756, è commentata da A. Dyer, *International Recognition and Adaptation of Trusts: The Influence of the Hague Convention*, 32 *Vand. J. Trans. Law*, 989, p. 1017-1018 (1999) e da M. Koppenol-Laforce, in M. Graziadei, U. Mattei, L. Smith (cur.), *Commercial Trusts*, cit., p. 422 ss.

(34) *International Trusts Act*, R.S.B.C., 1996, c. 237; C.C.S.M. c. T165; S.N.B. 1998, c. I-12.3, R.S.N.L., 1990, C.I.-17, R.S.P.E.I. 1988, c.I-7; *International Convention Implementation Act*, R.S.A., 2000, c. I-6, s. 1; *Trusts Convention Implementation Act*, S.S. 1994, c. 23.1. Nello Yukon è attesa l'entrata in vigore della Parte 6 di *An Act to Amend the Trustee Act*, S.Y. 2001, c. 11.

(35) Vedi gli art. 3107-3108 CCQ. L'art. 3082 del medesimo codice stabilisce che le norme di diritto internazionale privato contenute nel codice non si applicano se, tenuto conto di tutte le circostanze, è manifesto che la situazione ha un legame remoto con la legge di un altro Stato. Tuttavia la medesima norma deroga a tale criterio qualora la legge straniera sia scelta mediante un atto giuridico.

(36) I documenti citati nel testo sono pubblicati sul sito del suddetto Dipartimento: [www.ejpd.admin.ch](http://www.ejpd.admin.ch).

(37) *Message concernant l'approbation et l'exécution de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance* del 5 dicembre 2005.

(38) Il riferimento è alle opinioni espresse dai proff. Gutzwiller, Von Overbeck e Vischer, menzionate nel documento "Résultats de la procédure de consultation", p. 12, pubblicato dal Dipartimento federale per la giustizia nell'aprile 2005.

(39) Messaggio, cit., p. 44.

(40) Messaggio, cit., p. 45. L'art. 17 della legge federale sul diritto internazionale (LDIP) privato preclude l'applicazione del diritto straniero qualora esso conduca ad un risultato incompatibile con l'ordine pubblico svizzero. L'art. 18 della medesima legge fa salva l'applicazione delle disposizioni imperative del foro che, in ragione del loro scopo particolare, sono applicabili qualunque sia il diritto designato secondo le norme della medesima legge.

**Prassi negoziale**

L'esame della materia non deve peraltro essere limitato al rilievo riguardante il numero degli Stati che aderiscono all'orientamento ora ricordato, ma deve tentare di cogliere il significato di questa prassi nel contesto, e le sue implicazioni notevoli dal punto di vista dell'esperienza attuale italiana, che è per certo a sua volta largamente favorevole all'ammissibilità della figura, come attesta d'altra parte anche la nostra prassi(41).

Sotto questo profilo merita particolare attenzione la scelta effettuata dal Regno Unito di non incorporare l'art. 13 della Convenzione nel proprio diritto, per una ragione ulteriore rispetto a quella già ricordata. Rilievi analoghi a quelli formulati di seguito in relazione al Regno Unito valgono per Malta e potrebbero valere anche per alcuni altri Stati che fanno parte della Comunità Europea, di cui però non è utile ora dire.

È noto che nel Regno Unito, come negli altri Stati membri della Comunità Europea, vige il Regolamento n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale. Tale regolamento, che sostituisce la Convenzione di Bruxelles del 1968, avente il medesimo oggetto, disciplina la competenza giurisdizionale relativa a liti in materia di trust con l'introduzione di una competenza speciale riguardante il trust (art. 5), oltre ad introdurre la facoltà di attribuire convenzionalmente la competenza in materia di trust secondo l'art. 23 dello stesso regolamento, che si riporta di seguito integralmente per maggiore comodità del lettore:

"1. Qualora le parti, di cui almeno una domiciliata nel territorio di uno Stato membro, abbiano attribuito la competenza di un giudice o dei giudici di uno Stato membro a conoscere delle controversie, presenti o future, nate da un determinato rapporto giuridico, la competenza esclusiva spetta a questo giudice o ai giudici di questo Stato membro. Detta competenza è esclusiva salvo diverso accordo tra le parti. La clausola attributiva di competenza deve essere conclusa:

a) per iscritto o oralmente con conferma scritta, o  
b) in una forma ammessa dalle pratiche che le parti hanno stabilito tra di loro, o

c) nel commercio internazionale, in una forma ammessa da un uso che le parti conoscevano o avrebbero dovuto conoscere e che, in tale campo, è ampiamente conosciuto e regolarmente rispettato dalle

parti di contratti dello stesso tipo nel ramo commerciale considerato.

2. La forma scritta comprende qualsiasi comunicazione con mezzi elettronici che permetta una registrazione durevole della clausola attributiva di competenza.

3. Quando nessuna delle parti che stipulano tale clausola è domiciliata nel territorio di uno Stato membro, i giudici degli altri Stati membri non possono conoscere della controversia fintantoché il giudice o i giudici la cui competenza è stata convenuta non abbiano declinato la competenza.

4. Il giudice o i giudici di uno Stato membro ai quali l'atto costitutivo di un trust ha attribuito competenza a giudicare, hanno competenza esclusiva per le azioni contro un fondatore, un trustee o un beneficiario di un trust, ove si tratti di relazioni tra tali persone o di loro diritti od obblighi nell'ambito del trust.

5. Le clausole attributive di competenza e le clausole simili di atti costitutivi di trust non sono valide se in contrasto con le disposizioni degli articoli 13, 17 o 21 o se derogano alle norme sulla competenza esclusiva attribuita ai giudici ai sensi dell'articolo 22".

Il senso della norma citata e la possibilità che essa apre sono abbastanza agevoli da cogliere. In breve, l'atto costitutivo di trust può contenere una clausola riguardante la scelta della giurisdizione. Tale scelta opera in senso esclusivo, salva diversa volontà del costituente. L'atto costitutivo di trust "interno" può dunque contenere una clausola che attribuisce la giurisdizione a favore – per fare il caso più probabile – del giudice inglese. Il giudice inglese, investito della lite, applicherà il diritto internazionale privato inglese per vagliare la scelta della legge operata dalle parti. Poiché tale diritto non contiene una norma corrispondente all'articolo 13 della Convenzione egli non disporrà del mezzo che in Italia potrebbe invece essere invocato per disconoscere la scelta operata dal costituente, quanto alla legge applicabile al rapporto. Ovviamente il giudice inglese potrà negare effetto alla scelta operata dal costituente in base ad altre norme contenute nella Convenzione, comunque invocabili anche in Italia, ad

**Nota:**

(41) Cfr. in particolare la giurisprudenza richiamata alla nt. 9, nonché la rassegna contenuta nello scritto di D. Muritano, *Trust e diritto italiano*, cit.

esempio perché la Convenzione conduce ad un esito che, sotto il profilo dell'applicazione, è manifestamente contrario all'ordine pubblico (art. 18). Altrimenti, egli darà effetto alla scelta della legge cui il trust "interno" è soggetto. La sentenza resa tra le parti sarà quindi eseguibile in Italia e in tutti gli altri Stati membri, secondo le norme dettate dallo stesso regolamento, nei limiti previsti dal regolamento stesso. Si noti che il riconoscimento della sentenza avrà come effetto quello di rendere efficaci in Italia anche le decisioni del giudice inglese riguardanti *resulting* o *constructive trusts* su cui la sentenza statuisca, poiché il regolamento in questione non si applica esclusivamente ai trust creati per volontà del costituente, comprovati per iscritto, ma a tutti i trust. La sentenza della Corte di Giustizia nel caso *Webb c. Webb* è eloquente in proposito(42).

La scelta effettuata dal Regno Unito, e da altre giurisdizioni, si comprende meglio se si osserva che il trust, pur non essendo assimilabile ad un contratto, come si ricava dalla Convenzione dell'Aja, e prima di essa dalla Convenzione di Bruxelles del 1968 da cui trae origine il regolamento comunitario sopra citato, ed anche dalla stessa Convenzione di Roma del 1980, può però essere inserito in un contesto contrattuale. Anzi, nella prassi odierna, frequentemente il trust appartiene ad un contesto contrattuale.

Il trust si inserisce in un contesto contrattuale quando il complessivo accordo raggiunto tra le parti dia vita alla fattispecie contemplata dall'art. 2 della Convenzione dell'Aja. Non è necessario esercitare troppo la fantasia per ipotizzare fattispecie di questo genere. Basti pensare, ad esempio, ad un *escrow account*, nel quale debbano confluire i proventi di un determinato affare. Bisogna comprendere allora che la Convenzione dell'Aja, pur regolando gli aspetti internazionalprivatistici di un istituto diverso dal contratto, ha operato una scelta che consente di non spezzare le operazioni di affari in segmenti diversi e collidenti, come accadrebbe invece se il trust retto dalla legge straniera non potesse essere riconosciuto ai sensi del citato art. 13, mentre per i suoi aspetti prettamente contrattuali l'operazione dovesse avere la copertura della legge straniera scelta secondo la Convenzione di Roma.

Si obietta per contro che la finalità della Convenzione non sia quella di "introdurre surrettiziamente il trust all'interno di ordinamenti che per tradizione non lo prevedono", in quanto essa "rimane comunque pur

sempre una Convenzione in tema di conflitti di leggi e non ha assunto il carattere di Convenzione di diritto sostanziale uniforme"(43).

Il rilievo è eccessivo laddove fa appello all'idea secondo cui l'interpretazione favorevole al riconoscimento del trust interno tenderebbe a trasformare una convenzione di diritto internazionale privato in una convenzione di diritto sostanziale uniforme. La Convenzione contiene invero un nucleo di norme uniformi e si comprende la qualificazione proposta da S.M. Carbone di "norme di diritto sostanziale uniforme"(44) in relazione agli artt. 2 e 11 della Convenzione, nonché le affermazioni nello stesso senso di L. Rovelli(45). Aderendo alle tesi che qui si espongono, Rovelli nota che la Convenzione, con gli articoli 2 e 11, non determina che cosa sia il trust ma "descrive quali rapporti devono essere riconosciuti dagli stati aderenti con il nome di trust"(46) e che, una volta così qualificata la fattispecie, ad essa si applica la Convenzione con le sue regole di conflitto in materia di legge applicabile e di riconoscimento.

Tali norme, infatti, non riguardano la legge applicabile (e non sono dunque norme di conflitto), bensì mirano a dettare una disciplina uniforme per tutti gli stati aderenti in tema di:

- a) individuazione della situazione regolata dalla Convenzione;
- b) effetti minimi di un trust che gli Stati si obbligano a riconoscere.

Pur ammettendo questo, chiaramente la Convenzione rimane un testo di diritto internazionale privato, opera come tale e non come una Convenzione di diritto uniforme.

Il rilievo è inoltre eccessivo in quanto presuppone che nell'ordinamento italiano non vi siano oggi, e non vi siano state in passato, fattispecie corrispondenti alla figura descritta nell'art. 2 della Convenzio-

Note:

(42) Raccolta, 1994, I,1717 [e in questa Rivista, 2004, 112, n.d.r.]

(43) Trib. Belluno, 25 settembre 2002, cit.

(44) S.M. Carbone, *Autonomia privata, scelta della legge regolatrice del trust e riconoscimento dei suoi effetti nella Convenzione dell'Aja del 1985*, in TAF, 2000, p. 145-146. Cfr. anche A. Gambaro, *Trust e trascrizione*, in TAF, 2002, p. 346. Dal momento che il trust è istituto sconosciuto a molti ordinamenti, si è avvertita la necessità di definirlo. La Convenzione è stata infatti definita "auto-referenziale" da M. Lupoi, *Trusts*, cit., p. 501, in quanto "definisce essa stessa il fenomeno giuridico che regola".

(45) L. Rovelli, *Libertà di scelta della legge regolatrice*, cit., p. 505.

(46) *Ibidem*, p. 510.

**Prassi negoziale**

ne. È vero invece il contrario. La nostra tradizione giuridica ha conosciuto l'istituto descritto nell'art. 2 della Convenzione, sebbene nella nostra esperienza esso non abbia assunto il carattere di figura generale. Il gioco della contrapposizione *common law* – *civil law* ha per lungo tempo oscurato le testimonianze importanti dello sviluppo della figura nel diritto comune. Tuttavia però l'art. 627 del codice civile regola le disposizioni fiduciarie che si ricollegano a quella grande esperienza(47). Non è poi da dimenticare che, al di là di questo preciso riferimento, denso di significato storico, il nostro diritto vigente conosce un ampio numero di ipotesi che vanno senz'altro ricondotte alla figura descritta nell'articolo 2 della Convenzione. Esse non si identificano *tout court* con i trust noti nei paesi di *common law*, ma abbracciano gli istituti e le concrete fattispecie, comunque note, che corrispondono ai tratti distintivi enunciati nell'art 2 della stessa Convenzione(48). L'elenco di tali figure in Italia comprende almeno le ipotesi ricordate brevemente nel paragrafo successivo. Si ricorderà poi che la dottrina italiana in tema di negozio fiduciario, da Grassetti(49) a Lipari(50), fino a Jaeger e oltre(51), ha preso in considerazione il trust come figura appartenente al medesimo campo di fenomeni in cui si colloca il negozio fiduciario, ed ha saputo trarre proprio dalla disciplina del trust molti degli elementi significativi necessari per sviluppare la teoria del negozio fiduciario.

Dunque, non è esatto affermare *sic et simpliciter* che il trust “non appartiene alla tradizione del diritto italiano”. Quello che non appartiene alla tradizione del diritto italiano sono in primo luogo le nozioni con cui i giuristi appartenenti al mondo di *common law* descrivono e analizzano il trust. Ma la Convenzione svincola la nozione di trust da tale retroterra, e lo fa in quanto non impone in alcun modo di dare effetto al rapporto passando attraverso tali nozioni e alle tecniche che ne sono il corollario.

È stato anche obiettato che: “L'art. 13 appare come una previsione normativa che richiede una apposita disposizione di adattamento ordinario, che nel caso dell'Italia non è stata emanata [...] con la conseguenza che non si sono prodotte nell'ordinamento le modifiche necessarie per permettere il riconoscimento dei trust interni, la cui introduzione non è richiesta per rispettare gli obblighi imposti dalla Convenzione”(52).

L'obiezione riprende la tesi svolta in un pregevole studio, secondo cui l'art. 13, avendo il carattere di norma non *self-executing*, necessiterebbe di apposite

disposizioni di adattamento ordinario, per essere esecutiva in Italia. In difetto di tali disposizioni, non vi sarebbe in capo al giudice il potere di ammettere il riconoscimento del trust interno, poiché lo Stato italiano – a causa degli effetti minimi dell'ordine di esecuzione – non è tenuto sul piano internazionale a riconoscere il trust interno(53).

La conclusione è esatta, quanto al rilievo dell'art. 13 sul piano dell'osservanza/inosservanza degli obblighi internazionali, ma è invece erronea là dove afferma che in difetto di disposizioni interne non vi sarebbe il potere del giudice di ammettere il riconoscimento del medesimo trust.

Vale in contrario il rilievo secondo cui l'art. 13 non riguarda affatto il potere di riconoscere il trust retto dalla legge straniera ma, come si evince dal suo testo, quello di non riconoscerlo. Se davvero l'art. 13 fosse una norma non *self-executing*, dovremmo concludere che lo Stato italiano non avrebbe modo di sottrarsi all'obbligo di riconoscere il trust che è posto dall'articolo 11 della Convenzione(54).

**Note:**

(47) Il retroterra storico della norma è ora oggetto dei seguenti studi: M. Graziadei, *The Development of Fiducia in Italian and French Law from the 14th Century to the End of the Ancien Régime*, in R. Helmholz e R. Zimmermann (cur.), *Itinera Fiduciae, Trust and Treuhand in Historical Perspective*, Berlino, 1999, 237; F. Treggiari, *Minister ultimae voluntatis*, I, Napoli, 2002; M. Lupoi, *I trust nel diritto civile*, in *Trattato di diritto civile diretto da Rodolfo Sacco*, Torino, 2004, p. 81 ss.. Tutti questi studi illustrano la dottrina del diritto comune, analizzano l'esperienza pratica maturata all'epoca, e documentano il ruolo che ebbe il notariato nella storia dell'istituto.

(48) Cfr. il Preambolo alla Convenzione, e il Rapporto di Von Overbeck, cit., § 36, p. 378, secondo cui la Convenzione si applica ai trust noti nel mondo di *common law* e agli istituti analoghi di altri Paesi.

(49) C. Grassetti, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, RDComm., 1936, I, 345; Id., *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, ivi, 548.

(50) N. Lipari, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964, pp. 153 ss., 182, 187 ss. 303 ss., 390 ss., i riferimenti riguardano la figura della ‘fiducia statica’, che ha trovato accoglimento nella giurisprudenza delle nostre corti a partire da Cass. 21 novembre 1975, n. 3911, in *GI*, 1977, I, 1, c. 984. Vedi ora Id., *Fiducia statica e trusts*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 483 ss.

(51) P.G. Jaeger, *La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento*, Milano, 1968.

(52) Trib. Belluno (decr.), 25 settembre 2002, cit.

(53) G. Contaldi, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, Milano, 2001, pp. 131 ss.

(54) Se, infatti, si interpreta l'art. 13 come norma diretta al legislatore, al pari dell'art. 26 della Convenzione stessa, che regola le riserve che possono essere espresse dagli Stati in sede di ratifica, essa risulta non rilevante, dal momento che il legislatore non ha esercitato la facoltà di dettare norme al fine di non riconoscere i trust puramente interni.

Per evitare tale conclusione si deve riconoscere che la norma abbia carattere self-executing, poiché rende lecito il non riconoscimento del trust: proprio in quanto facoltizza non richiede ulteriori adattamenti.

Il carattere non self-executing della norma è stato sostenuto rilevando che il Regno Unito non ha incorporato nel proprio diritto l'art. 13, e che la provincia canadese del New Brunswick ha adottato una versione dell'art. 13 diversa da quella accolta dalla Convenzione(55). Ma tali osservazioni provano troppo, poiché il modo in cui il diritto pattizio è incorporato nell'ordine interno non consente di per sé di trarre inferenze sicure circa il carattere non self-executing della norma, che peraltro non si presta affatto ad essere letta nel modo sopra ricordato(56).

La dottrina maggioritaria(57) e le altre pronunce giurisprudenziali che hanno preso posizione sul punto(58) ritengono che l'art. 13 sia rivolto ai giudici (secondo quanto indicato anche nei citati lavori preparatori), e che attribuisca loro il potere di non riconoscere un trust interno non per il solo fatto di essere "interno", ma solo in presenza di valide e forti ragioni, che vanno al di là del rilievo sommario secondo cui il trust, essendo "interno" non deve e non può essere riconosciuto, il che confliggerebbe, per non dire d'altro, con la libertà di scelta prevista all'art. 6 della Convenzione (che, come visto, è il cardine della Convenzione).

L'art. 13 viene dunque correntemente interpretato come "norma di chiusura", la quale consente al giudice di non riconoscere il trust regolato da legge straniera nel caso in cui, pur non trovando applicazione le norme di salvaguardia previste agli articoli 15, 16, 18 della Convenzione stessa, il giudice ritenga ugualmente il trust non meritevole di riconoscimento in quanto realizzi un "abuso di diritto", venga utilizzato "in frode alla legge", o comunque realizzi effetti valutati dal giudice ripugnanti all'ordinamento in cui dovrebbe essere riconosciuto(59).

Tale interpretazione è indirettamente avallata dall'art. 15, secondo comma della Convenzione, secondo cui, in presenza di norme imperative che impediscono di dare effetto alla legge applicabile al trust:

"[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".

Tale disposizione, infatti, è chiaramente ispirata da un particolare *favor* nei confronti del trust, e obbliga il giudice, in caso di contrasto fra le disposizioni del trust e le norme inderogabili dell'ordinamento individuato dalle norme di conflitto del foro, a non spazzare via il trust vanificandone "gli obiettivi", ma a salvarli e a realizzarli, nei limiti della loro ammissibilità nell'ordinamento, con altri mezzi giuridici.

Ciò conferma la centralità del concetto di "obiettivi del trust" e il fatto che l'indagine sulla riconoscibilità o meno di un trust debba essere condotta caso per caso, senza alcun tentativo di generalizzazione.

#### 4. - La responsabilità patrimoniale generale del debitore e la segregazione di beni.

Veniamo ora ad un altro argomento invocato con una certa frequenza contro la possibilità di creare o di riconoscere il trust interno.

Il trust produrrebbe un effetto contrastante con l'art. 2740 c.c., relativo alla responsabilità patrimoniale generale del debitore.

Preliminarmente, occorre premettere che la segregazione di beni appartiene all'essenza stessa del trust (non si fa qui distinzione fra trust interni o stranieri) pertanto, se tale effetto fosse incompatibile

#### Note:

(55) G. Contaldi, *Il trust*, cit., p. 131-132, e ivi nt. 106.

(56) Il riferimento operato dall'autore al diritto del New Brunswick è peraltro inconferente, poiché il *Conflict of Laws Rules for Trusts Act 1988* adottato da quella provincia canadese, cui si riferisce l'A., regola esclusivamente i conflitti di legge tra le varie province del Canada. La Convenzione ha invece effetto nel New Brunswick in forza del *International Trusts Act 1998*.

(57) Cfr. in particolare M. Lupoi, *Trusts*, cit., p. 541, autore che per primo ha proposto tale interpretazione dell'art. 13 e R. Luzzatto, "Legge applicabile" e "riconoscimento" di trusts secondo la Convenzione dell'Aja, cit., spec. p. 16.

(58) Cfr. da ultimo le citate Trib. Bologna 16 giugno 2003 e 1° ottobre 2003; Trib. Brescia 12 ottobre 2004.

(59) Dunque, come rilevava P. Piccoli, *La Convenzione de L'Aja*, cit., p. 153, la scelta della legge straniera non potrà essere "né immotivata né fraudolenta". Cfr. Trib. Brescia, 12 ottobre 2004, n. 4185, cit.: "[il riconoscimento] dovrà essere negato solo in mancanza di qualsiasi ragionevole e legittima giustificazione del ricorso all'istituto". Tale tesi era sostenuta in dottrina, già più di dieci anni or sono, da M. Lupoi, *Introduzione ai trusts*, Milano, 1994, p. 148 ss. Lo stesso autore osservava che l'art. 13 della Convenzione può essere applicato dal giudice quando, ad esempio, la particolare configurazione di uno specifico trust renda non esperibile l'azione revocatoria per la difficoltà di individuare il giusto convenuto: M. Lupoi, *Lettera ad un notaio*, cit.; e v. anche Id., *La reazione dell'ordinamento di fronte a trust elusivi*, TAF, 2005, p. 333.

**Prassi negoziale**

con il nostro ordinamento giuridico, il nostro Stato non avrebbe dovuto ratificare la Convenzione(60).

Ma in questo modo si opera una inversione concettuale.

Lo Stato italiano ha ratificato la Convenzione e pertanto la segregazione patrimoniale che si verifichi per effetto del trust non è (o per lo meno: non è più) incompatibile con il nostro ordinamento.

Infatti, l'art. 11 della Convenzione, quale norma di diritto sostanziale uniforme(61), detta le conseguenze minime che il riconoscimento di un trust implica, fra cui – correttamente – la segregazione dei beni in trust.

Tale norma, pertanto, impone (per ammissione unanime) che, ad esempio, i beni situati in Italia di un trust regolato dalla legge inglese e con beneficiari inglesi siano sottoposti al regime previsto dall'art. 11 della Convenzione, che non può dirsi contrario al nostro ordinamento per quanto visto sopra. Anzi, proprio l'art. 11 costituisce la norma di legge che legittima la limitazione di responsabilità in deroga al disposto dell'art. 2740 c.c.(62).

Poiché la Convenzione si applica anche ai trust interni, la legittimità della segregazione patrimoniale deriva anche per essi dallo stesso art. 11(63).

D'altra parte, i creditori del costituente non possono lamentare la violazione dell'art. 2740 c.c., quanto piuttosto, ove ne ricorrano i presupposti, esercitare l'azione revocatoria per rendere inefficaci nei loro confronti i trasferimenti al trustee(64).

I creditori del trustee non possono aggredire i beni in trust, (sostenendo che tali beni sono di proprietà del trustee e che non è loro opponibile il trust) in quanto tali beni sono pervenuti nel patrimonio del trustee con un vincolo di destinazione (non sono suoi beni, né presenti né futuri ai sensi dell'art. 2740 c.c.(65), in quanto egli deve disporre secondo quanto previsto dall'atto di trust). I creditori dei beneficiari potranno invece soddisfare le proprie pretese sui diritti loro attribuiti, in quanto tali diritti si caratterizzano come crediti vantati verso il trustee, o diano altrimenti luogo ad attribuzioni in loro favore.

Queste soluzioni derivanti dalla legge straniera non collidono con quanto dispone il nostro diritto in una ampio ventaglio di casi. Il nostro diritto conosce vari istituti che producono tale effetto, dalla cartolarizzazione dei crediti (l. 30 aprile 1999, n. 130, art. 3, c. 2), alla cessione dei beni ai creditori (art. 1980 c.c.), al contratto a favore del terzo nelle forme assicurazione sulla vita (art. 1923 c.c.) e della rendita vi-

talizia a favore del terzo (art. 1881 c.c.), al fondo patrimoniale (art. 170 c.c.), ai fondi per la previdenza e l'assistenza (art. 2117 c.c.), ai fondi pensione (d.lgs. 21 aprile 1993, n. 124, art. 4, c. 2), ai fondi comuni di investimento (d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 36, c. 6), al mandato (art. 1707 c.c.), al deposito con mandato, ai patrimoni destinati ad uno specifico affare (art. 2447 bis ss. c.c.), alle società fiduciarie (l. 23 novembre 1939 n. 1966), e agli intermediari abilitati alla gestione di patrimoni mobiliari ai sensi d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58(66).

Del resto, in diritto italiano, nel caso del mandato senza rappresentanza, si trova espresso l'analogo principio per cui i creditori del mandatario non possono aggredire il bene immobile che il mandatario ha acquisito in nome proprio in esecuzione del mandato, benché esso non sia stato ancora stato ritrasferito al mandante, a patto che sussistano particolari risultanze pubblicitarie (priorità della trascrizione della domanda giudiziale diretta a conseguire il trasferimento dell'immobile rispetto alla trascrizione del pignoramento)(67).

**Note:**

(60) "La segregazione è un effetto ineliminabile di qualsiasi trust "riconosciuto" in forza delle norme della Convenzione." L'espressione è di M. Lupoi, *Osservazioni su due recenti pronunce in tema di trust*, in RN, 2004, p. 570, ripubblicato in TAF, 2004, p. 362.

(61) V. sopra, par. 3.

(62) Cfr., in giurisprudenza, Trib. Bologna 1° ottobre 2003; Trib. Verona 8 gennaio 2003; Trib. Parma, 21 ottobre 2003, tutte già citate. In dottrina, S.M. Carbone, *Autonomia privata*, cit., p. 147; Id., *Trust interno*, cit., p. 338; F. Steidl, *Trust auto-dichiarati: percorsi diversi della trascrivibilità*, in TAF, 2003, p. 377; contra F. Gazzoni, *In Italia tutto è permesso, anche quel che è vietato*, cit., p. 1251.

(63) Infatti, chi sostiene la non legittimità dei trust interni deve per forza sostenere che la Convenzione non si applichi ad essi (cfr. F. Gazzoni, op. ult. cit. loc. cit.).

(64) Cfr. A. Palazzo, *Pubblicità immobiliare ed opponibilità del trust*, in TAF, 2002, p. 338. In giurisprudenza, v. Trib. Firenze, 6 giugno 2002, in TAF, 2004, p. 256.

(65) M. Lupoi, *Trusts*, cit., p. 576.

(66) In proposito v. P. PICCOLI, *I trusts e figure affini in diritto civile. Analogie e differenze*, VN, 1998, p. 785; S.M. Carbone, *Trust interno e legge straniera*, cit., p. 338; A. Gambaro, *Trasferimento di quote sociali al trustee: iscrizione nel registro delle imprese*, cit., p. 156; L. Rovelli, *Libertà di scelta della legge regolatrice*, cit., p. 507; A. Palazzo, *Pubblicità immobiliare ed opponibilità del trust*, cit., p. 341 ss.; L. Santoro, *Il trust in Italia*, Milano, 2004, p. 70 ss. In giurisprudenza, v. in particolare Trib. Bologna 16 giugno 2003 e 1° ottobre 2003 nonché Trib. Brescia 12 ottobre 2004.

(67) V. L. Rovelli, *Libertà di scelta della legge regolatrice*, cit., p. 512. Sui rapporti fra trust e risultanze pubblicitarie nei pubblici registri, v. *infra*, par. 5.

Non vi è nessun conflitto tra l'art. 1707 e l'art. 2740 c.c., e neppure si deve ritenere che il primo deroghi al secondo, trattandosi di norme che si collocano su due piani distinti(68).

Analogo discorso può ripetersi per i rapporti fra trustee e suoi creditori.

## 5. - Adempimenti pubblicitari (in particolare: la trascrizione immobiliare)

Come accennato in precedenza, in conclusione resta da chiarire come dare pubblicità al rapporto qualora tra i beni in trust sia compreso un bene iscritto in pubblici registri(69).

Anche su questo punto sono state sollevate perplessità che sembrano non riguardare solo i trust interni, ma in generale tutti i trust in cui siano coinvolti beni immobili situati in Italia, dal momento che tali obiezioni riguardano quelle che sono (o si pretende che siano) le caratteristiche intrinseche del nostro sistema pubblicitario.

L'art 12 della Convenzione dispone:

“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”.

Tale norma è stata inserita nella Convenzione (e caldeggiata dal rappresentante dell'Italia(70)) con particolare riferimento ai paesi di *civil law*, posto che in Inghilterra è addirittura vietata l'iscrizione della qualità di trustee nei libri fondiari e nei libri sociali.

Tale facoltà attribuita dalla Convenzione ai trustees dei trust riconosciuti è stata correttamente configurata come “un diritto potestativo, al quale deve corrispondere un obbligo dei soggetti deputati alla pubblicità”(71), nei limiti in cui tale iscrizione non sia vietata o incompatibile con la legislazione dello Stato in cui la registrazione deve avere luogo.

Le critiche mosse alla trascrivibilità del vincolo in trust dalla dottrina e dalla giurisprudenza italiane possono così riassumersi:

a) la proprietà del trustee sarebbe una “nuova forma di proprietà” sconosciuta al nostro ordinamento, e ciò violerebbe il *numerus clausus* dei diritti reali(72);

b) il sistema della trascrizione delineato dal codice civile è improntato a rigidi criteri di tipicità, connessi alla tipicità dei diritti reali, che non consento-

no di trascrivere il vincolo che il trust imprime sui beni e, più in generale, gli atti che producano effetti diversi da quelli tipici(73).

### Note:

(68) Ricordiamo quanto scriveva oltre trent'anni fa P. G. Jaeger, *La separazione del patrimonio*, cit., p. 365, in relazione al rilievo secondo cui l'art. 2740 c.c. avrebbe fatto ostacolo al riconoscimento delle ragioni del fiduciante nel caso di fallimento del fiduciario o di esecuzione forzata dei creditori sui suoi beni: “Infine (ma introduciamo quest'ultima osservazione solo per completezza, perché ci sembra impossibile che qualcuno possa seriamente avanzare un simile argomento) è evidente che il principio dell'art. 2740 c.c. è del tutto neutro ai fini della soluzione della questione. Sarebbe quanto mai arbitrario leggere nel termine “i suoi beni”, riferito al debitore, un richiamo alla nozione civilistica di proprietà; laddove il concetto di patrimonio, implicitamente presente nella norma, deve essere precisato e riempito di contenuto.” (enfasi aggiunta).

(69) Oltre alla posizione contraria, più volte citata, di F. Gazzoni, cfr., in senso favorevole alla trascrivibilità, P. Piccoli *Troppi timori in tema di trascrivibilità del trust in Italia*, in *Not*, n. 6/1995, pp. 616-619, P. Piccoli *Le trascrizioni degli atti riguardanti trusts* (con E. Corso e M. Dolzani), in *RN*, 1995, pp. 1389-1404, A. Palazzo, *Pubblicità immobiliare ed opponibilità del trust*, cit.; A. Gambaro, *Trust e trascrizione*, cit.; *Trascrizioni di atti attributivi di beni immobili ai trustee*, saggi di F. Steidl; M.L. Cenni, G. Gallizia in *TAF*, 2002, pp. 350 ss.; M. Lupoi, *Trusts*, cit., p. 605. Nel seguito, limiteremo l'analisi all'ipotesi di pubblicità immobiliare retta dalle norme del codice civile. Quanto alla pubblicità nel sistema tavolare, si rinvia allo scritto di M. Dolzani, *Il trust nel sistema pubblicitario del libro fondiario*, in *TAF*, 2003, p. 567. La poca giurisprudenza in argomento è costituita dai già citati Trib. Belluno (decr.), 25 settembre 2002, (contrario all'ammissibilità del trust interno nel nostro ordinamento); Trib. Trento, sezione distaccata di Cavalese (decr.), Giudice Tavolare, 20 luglio 2004, in *TAF*, 2004, p. 573 e Trib. Trieste (decr.), Giudice Tavolare, 23 settembre 2005, in corso di pubblicazione su *TAF*, n. 1 del 2006 (i quali hanno ordinato l'intavolazione del diritto di proprietà del trustee con l'annotazione della costituzione in trust).

(70) Cfr. A. Gambaro, *Trust e trascrizione*, cit., p. 347.

(71) Trib. Pisa, 22 dicembre 2001, cit.

(72) L. Ragazzini, *Trust interno e ordinamento giuridico italiano*, cit.; F. Gazzoni, *Tentativo dell'impossibile*, cit., p. 15 ss.; C. Castronovo, *Trust e diritto civile italiano*, cit., p. 1335.

(73) Cfr., oltre agli autori già citati, App. Napoli, 27 maggio 2004, in *TAF*, 2004, p. 570 che, rifiutando la trascrizione di un trust autodicharato, fonda la motivazione sulla discutibile affermazione che la trascrizione è volta a risolvere questioni di appartenenza e non questioni di disponibilità aventi causa dalla disponibilità del bene. Cfr. *infra*, quanto sostenuto in relazione agli artt. 2447 bis e seguenti c.c.

Del tutto particolare, nonché isolata, è la posizione di C. Castronovo, *Trust e diritto civile italiano*, cit., secondo cui la trascrizione nei pubblici registri non potrebbe avere l'effetto di rendere opponibile ai terzi il vincolo in trust, tuttavia la conoscenza del trust che i terzi acquirenti possono avere da tale trascrizione (una sorta di pubblicità notizia) legittimerebbe una *exceptio doli generalis*.

Cfr. anche C.M. Bianca, *Diritto civile*, vol. 6, *La proprietà*, Milano, 1999, p. 203, il quale ritiene che gli artt. 11 e 12 riguardino materie che attonano all'esclusiva competenza delle leggi nazionali e “non possano quindi valere come diritto interno senza una legge che stabilisca i presupposti di opponibilità degli atti sui beni e i modi della loro pubblicità”, anche in considerazione del fatto che lo stesso art. 15 della Convenzione stabilisce che la stessa non ostacola “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: (...) d) il trasferimento di proprietà e le garanzie reali; e) la protezione di creditori in casi di insolvibilità; (...)”.

**Prassi negoziale**

In merito occorre recuperare concetti illustrati in precedenza.

In primo luogo, quanto alla pubblicità degli effetti traslativi (salvo in caso di trust autodichiarato in cui tali effetti non si producono) è stato chiarito che il trasferimento di beni al trustee non crea un nuovo e atipico diritto di proprietà, in quanto, a seguito del trasferimento, i beni entrano nella piena proprietà e piena disponibilità del trustee(74). Pertanto, l'atto di trasferimento da disponente a trustee sarà, a tutti gli effetti, un atto che trasferisce la proprietà di beni immobili, secondo quanto previsto dagli art 2643 e 2645 c.c..

Il fatto che i beni in trust non siano aggredibili dai creditori del trustee non significa che egli non ne possa disporre, salvo eventualmente rispondere di tali atti nei confronti dei beneficiari.

Quanto poi alla tassatività degli atti soggetti a trascrizioni, essa va intesa come regola che non trova il proprio fondamento unicamente nelle disposizioni sulla trascrizione contenute nel codice civile.

E questo non solo per il rilievo secondo cui tale tassatività non viene espressamente sancita dal codice civile, ma anche per il fatto che un numero sempre maggiore di norme contenute in leggi speciali impongono particolari obblighi di trascrizione(75).

L'art. 12 della Convenzione impone sicuramente allo Stato aderente l'obbligo di dare pubblicità al trust se questa è l'intenzione del trustee, anche perché, in ordinamenti come il nostro, questo pare l'unico modo per far sì che si producano gli effetti di cui all'art. 11, effetti che lo Stato si è obbligato a riconoscere nel caso un determinato atto possa qualificarsi come trust(76).

Si ritiene, pertanto, che la disposizione convenzionale sia sufficiente a legittimare la trascrizione che riveli l'esistenza del trust. Il fatto che il legislatore non abbia provveduto a modificare, in sede di ratifica della Convenzione, le disposizioni del sesto libro del codice civile (come pure avrebbe potuto e forse avrebbe fatto meglio a fare) non significa che tali atti non possano ricevere adeguata pubblicità, poiché nessuna norma del nostro ordinamento lo impedisce.

Del resto, pure in mancanza di tale "adeguamento", l'ordinamento offre strumenti idonei ad effettuare la pubblicità degli atti istitutivi di trust e degli atti di trasferimento di beni immobili in trust.

In particolare, sotto il profilo dogmatico, è stata più volte evidenziata l'affinità, per diversi aspetti,

con la fattispecie prevista dall'art. 2647 c.c. in tema di fondo patrimoniale(77).

Sulla base di tale considerazione, la prassi consolidata procede come segue(78):

a) nel caso di istituzione di trust con trasferimento di beni immobili dal disponente al trustee:

a1) si trascrive l'atto di trasferimento della proprietà (che verrà indicato come "Costituzione in trust di beni immobili") contro il disponente e a favore del trustee, ex artt. 2643 e 2645 c.c.; eventualmente indicando nel quadro "D" tutti gli elementi riguardanti il trust che si ritengono utili;

a2) con successiva formalità si trascrive il vincolo in trust (analogicamente a quanto si fa per il fondo patrimoniale ex art. 2467 c.c.), contro il trustee;

b) nel caso di acquisto da parte del trustee (in tale sua qualità) di un bene immobile che farà parte dei "beni in trust", quando il trust sia stato già precedentemente istituito:

b1) come nel caso precedente, si trascrive l'atto di trasferimento della proprietà (che questa volta sarà con grande probabilità un atto "tipico", ad es. una compravendita) contro il disponente e a favore del trustee;

b2) con successiva formalità si trascrive il vincolo in trust, come sopra;

c) nel caso di trust "autodichiarato", in cui cioè disponente e trustee coincidono e non vi è alcun at-

**Note:**

(74) F. Steidl, *Trust auto-dichiarati: percorsi diversi della trascrivibilità*, cit., Cfr., in giurisprudenza, le sentenze citate alla nt. 9, Corte Cost. 21 ottobre 2005, n. 394, che ha ammesso la trascrizione del provvedimento di assegnazione non in proprietà della casa familiare al genitore naturale affidatario di minore, è significativa di come al principio di tassatività della trascrizione si preferisca la tutela degli interessi in gioco.

(75) Cfr. F. Steidl, *Trascrizione di atti attributivi di beni immobili al trustee*, cit., dove si citano la trascrizione degli atti d'obbligo edilizio ("(...) prassi notarile (...) spesso trasfusa in numerose norme, soprattutto di rango regionale", ivi, nota 3), quella relativa alla cd. legge sulla cartolarizzazione (v. sopra par. 4) oltre alla trascrizione del provvedimento di assegnazione della casa familiare al coniuge affidatario dei figli in sede di divorzio e di separazione coniugale ai fini dell'opponibilità ai terzi (sancito dalla giurisprudenza: C. Cost. 27 luglio 1989, n. 454, in *FI.*, 1989, I, c. 3336).

(76) F. Steidl, *Trust auto-dichiarati: percorsi diversi della trascrivibilità*, cit., p. 377.

(77) Cfr. in partic. i citati Trib. Trento, sezione distaccata di Cavalese (decr.), Giudice Tavolare, 20 luglio 2004; Trib. Milano, 8 ottobre 2002; Trib. Verona, 8 gennaio 2003; Trib. Pisa, 22 dicembre 2001. Cfr. anche M.L. Cenni, *Trascrizioni di atti attributivi di beni immobili al trustee*, cit., p. 355.

(78) Cfr. in partic. M.L. Cenni, *Trascrizioni di atti attributivi di beni immobili al trustee*, cit., p. 355.



to traslativo della proprietà, vi è solo la trascrizione del vincolo in trust, analoga a quelle sopra descritte, e la descrizione dell'atto potrà essere "Istituzione di vincolo in trust".

Il tema degli atti trascrivibili è molto complesso e non pare possibile approfondirlo in questa sede; tuttavia, a conferma di quanto sostenuto sopra, si vuole concludere con questa notazione.

La recente riforma del diritto societario ha introdotto la figura dei patrimoni destinati ad uno specifico affare (artt. 2447 *bis* e seguenti c.c.) che, come è stato notato<sup>(79)</sup>, presenta alcune analogie con l'istituto del trust.

A tal proposito, l'art. 2447 *quinquies* c.c. dispone:

"Diritti dei creditori. — Decorso il termine di cui al secondo comma del precedente articolo ovvero dopo l'iscrizione nel registro delle imprese del provvedimento del tribunale ivi previsto, i creditori della società non possono far valere alcun diritto sul patrimonio destinato allo specifico affare né, salvo che per la parte spettante alla società, sui frutti o proventi da esso derivanti.

*Qualora nel patrimonio siano compresi immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri, la disposizione del precedente comma non si applica fin quando la destinazione allo specifico affare non è trascritta nei rispettivi registri.*

Qualora la deliberazione prevista dall'art. 2447-*ter* non disponga diversamente, per le obbligazioni contratte in relazione allo specifico affare la società risponde nei limiti del patrimonio ad esso destinato. Resta salva tuttavia la responsabilità illimitata della società per le obbligazioni derivanti da fatto illecito.

*Gli atti compiuti in relazione allo specifico affare debbono recare espressa menzione del vincolo di destinazione; in mancanza ne risponde la società con il suo patrimonio residuo*"<sup>(80)</sup>.

La disposizione citata, al secondo comma, parla di "destinazione allo specifico affare trascritta nei pubblici registri".

Tuttavia, tale norma non specifica come tale trascrizione debba avvenire, né - contestualmente all'introduzione di tale norma - è stata modificata alcuna disposizione del libro sesto del codice, onde introdurre in tale sede disposizioni *ad hoc*.

Pertanto, il legislatore fa riferimento ad una trascrizione che non trova, se non in tale sede, la sua legittimazione, esattamente come succede nel caso dell'art. 12 della Convenzione, come recepito dalla legge italiana di ratifica.

A questo punto, in presenza di norme simili nel

nostro ordinamento, pare non più sostenibile negare la trascrivibilità del vincolo in trust, sostenendo che essa non rientra fra gli atti previsti agli artt. 2643 e seguenti c.c. o, comunque, fra gli effetti previsti all'art. 2645 c.c..

La citata recentissima novella dell'art. 2645-*ter*<sup>(81)</sup> non dovrebbe mutare le considerazioni di cui sopra infatti la trascrizione del vincolo in trust, tipico atto di destinazione, oltre a trovare la sua giustificazione nell'art. 12 della Convenzione dell'Aja come abbiamo visto, quanto meno per i trust rientranti nei limiti previsti da tale articolo, troverebbe ora giustificazione anche nell'art. 2645-*ter* c.c..

## 6. - Trust interno: causa, interessi perseguiti e limiti al suo riconoscimento

L'atto istitutivo di trust è un negozio giuridico - quantomeno per il nostro ordinamento - atipico, con causa variabile (liberale, solutoria, di gestione o di garanzia, a titolo oneroso, etc.).

Tale negozio atipico non deve contrastare con disposizioni imperative e deve essere diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela<sup>(82)</sup>. Gli atti contemplati dall'art. 4 della Convenzione, in quanto negozi collegati all'atto istitutivo, si reggono sulla validità dello stesso (essi sono validi se è valido l'atto istitutivo e mutuano la loro causa da quella dell'atto istitutivo).

L'atto istitutivo dovrà quindi sempre far emergere la sua causa e sottostare ad un giudizio di meritevolezza (diversamente dalla causa dei contratti tipici); e ciò in modo particolare nei trust liberali, a differenza di quelli che trovano la loro giustificazione razionale nel rapporto sinallagmatico, nella causa associativa o comunque in altri rapporti caratterizzati da onerosità.

È quindi estremamente opportuno che negli atti istitutivi di trust interno siano sempre esplicitate le ragioni per le quali si istituisce il trust e le finalità che

### Note:

(79) Trib. Parma, 21 ottobre 2003; Trib. Bologna, 1° ottobre 2003 e 16 giugno 2003. Cfr. anche M. Lupoi, *Osservazioni su due recenti pronunce in tema di trust*, cit., p. 569.

(80) Corsivi aggiunti.

(81) Vedi nota 16.

(82) Cfr. quanto disposto dall'art. 1322, secondo comma, c.c. in tema di contratti. Cfr. Trib. Trieste, Giudice Tavolare, 23 settembre 2005, in *TAF*, 2006, p. 83.

**Prassi negoziale**

con lo stesso si vogliono perseguire, in modo da renderne trasparenti gli obiettivi per una loro immediata verifica di meritevolezza e non contrarietà con norme imperative del nostro ordinamento<sup>(83)</sup>.

È necessario, a questo punto, chiarire che l'indagine circa la validità del negozio istitutivo di trust e dei connessi atti di sottoposizione e vincolo di beni al trust deve essere condotta in modo attento e rigoroso caso per caso in relazione ai singoli negozi istitutivi individualmente considerati al fine di verificare se per quella specifica fattispecie siano state osservate le norme di salvaguardia, in sostanza non si sia "abusato" dello strumento del trust per realizzare un risultato che il nostro ordinamento vieta.

Il ricorso alla legge straniera, per creare un rapporto riconoscibile ai sensi della Convenzione, presuppone una analisi della fattispecie ed un giudizio di meritevolezza particolarmente pregnante. Si tratta di verificare che tramite la scelta della legge straniera non vengano travalicati i limiti imposti dal nostro ordinamento all'autonomia privata nel quadro dell'applicazione della Convenzione.

Giova ricordare in proposito l'articolo 15, comma 1 della Convenzione, il quale contiene una clausola generale di salvaguardia delle norme imperative della legge cui rinviano le regole di conflitto del foro, e una lista a carattere esemplificativo di disposizioni la cui violazione conduce al non riconoscimento del trust. Nella traduzione non ufficiale, la norma recita:

"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".

Sono poi da richiamare le norme di applicazione necessaria fatte comunque salve dall'art. 16 della Convenzione, la cui individuazione, è da effettuare avendo presente il loro oggetto e il loro scopo, ai sensi dell'art. 17 della legge 31 maggio 1995, n. 218(84), ed infine il dettato dell'art. 18 dello stesso testo, che

conduce a non applicare le norme della Convenzione qualora la loro applicazione sia manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico.

Queste disposizioni mirano certamente ad assicurare che il riconoscimento del trust previsto dall'art. 11 della Convenzione avvenga senza produrre effetti dirompenti per l'ordine giuridico interno, e in quanto tali devono senz'altro avere attuazione in ogni caso.

L'esame dei profili relativi all'effetto delle norme di applicazione necessaria e alla manifesta incompatibilità con l'ordine pubblico tocca temi generali del diritto internazionale privato, che trovano la propria sede appropriata di discussione in altri ambiti.

Qui conviene invece soffermare l'attenzione sull'art. 15 della Convenzione, perché esso è strettamente legato alla materia in discussione.

La norma fa salve le disposizioni imperative riguardanti materie tradizionalmente connesse al trust, disciplinate dalle leggi richiamate dalle norme di conflitto del foro. Nel caso in cui il trust sia 'interno', le norme di conflitto del foro richiameranno per lo più l'applicazione di norme imperative del diritto italiano. La violazione di tali norme, secondo quanto si ricava dall'art. 15, comma 2, incide sulla riconoscibilità del trust, cioè sui suoi effetti nell'ordine giuridico del foro, salva l'indicazione espressamente rivolta al giudice di cercare di realizzare gli obiettivi del trust con altri mezzi giuridici.

L'art. 15 assolve ad una funzione altamente lodevole, poiché tende ad assicurare che abbiano effetto nel foro solo quei rapporti che possano inserirsi armoniosamente nel quadro delle norme di legge non derogabili dall'autonomia privata. La valutazione da condurre in proposito compete senz'altro al notaio, cui venga richiesto di prestare il proprio ministero, e non può mai essere delegata ad altri (vedi *infra*, par. 7).

L'interrogativo legittimo, che si pone al riguardo, concerne lo spazio operativo dell'istituto qualora, com'è assolutamente doveroso, venga rispettato puntigliosamente il limite al riconoscimento stabilito dalle norme imperative richiamate dall'art. 15.

Sul punto in Italia si è sviluppata una casistica si-

**Note:**

(83) Valutazioni che, naturalmente, spettano al giudice.

(84) Su cui si veda Contaldi, *Il trust nel diritto internazionale privato*, cit., p. 188 ss.

gnificativa, che abbraccia fattispecie disparate, alcune delle quali già venute all'attenzione del giudice, o già oggetto di commento in dottrina, come è noto. Non compete a questo studio entrare nel merito della singola soluzione. Va invece osservato in linea generale che l'esame di liceità di cui si tratta deve essere effettuato in relazione alla concreta volontà consegnata all'atto istitutivo, e agli effetti che deriverebbero nel foro dal rapporto retto dalla legge straniera applicabile.

Sulla scia di tali rilievi, e senza la pretesa di fornire un esame completo delle varie ipotesi richiamate dall'art. 15, che per la sua ampiezza è meritevole di trattazione in successivi e separati studi deve ritenersi, ad esempio, che le norme dettate dal nostro legislatore per regolare la creazione di patrimoni destinati in ambito societario, come pure la stessa disciplina della società a responsabilità limitata unipersonale, non possano essere eluse mediante il ricorso al trust(85).

Altra situazione che merita di essere toccata brevemente in linea generale per il suo immediato rilievo notarile, è l'ipotesi in cui il trasferimento dei beni dal disponente al trustee leda (potenziali) diritti dei legittimari, salvaguardati dall'art. 15 Conv.

Sul punto è utile precisare in primo luogo che non sarà la mera istituzione del trust a porsi in potenziale conflitto con i diritti dei legittimari, bensì l'atto di trasferimento dei beni o diritti dal disponente al trustee, la cui validità o efficacia in linea di principio non è retta dalla legge scelta secondo la Convenzione, ma dalla legge individuata dalle regole di conflitto del foro, secondo quanto prevede l'art. 4 della stessa Convenzione(86). Qui peraltro si può osservare che, oltre alla possibilità di esperire l'azione di riduzione(87), la norma contenuta nell'art. 15 della Convenzione può condurre al non riconoscimento del trust, in quanto venga rilevato un effettivo contrasto tra il trust in questione, e le disposizioni in materia di legittima(88).

Pertanto, qualora il disponente non utilizzi beni costituenti la sola disponibile in sede di trasferimento di beni al trustee, esso sarà potenzialmente attaccabile dopo la sua morte, anche se il legittimario è uno dei soggetti beneficiari. I rischi di attaccabilità dell'atto sotto questo profilo ovviamente non sussistono nel diritto inglese dove non esiste un istituto paragonabile alla nostra legittima(89).

Alla stessa stregua, e sempre a titolo esemplificativo, è possibile che si debbano formulare valutazio-

ne analoghe quanto ad operazioni lesive dei diritti dei creditori mediante atti di disposizione con cui determinati beni sono trasferiti al trustee. Qui può essere esperita l'azione revocatoria, ma può anche non aversi il riconoscimento del trust, per effetto del richiamo a norme imperative da parte della norma contenuta nell'art. 15 Conv.

Da altro angolo di visuale, qualora l'analisi della fattispecie e della volontà negoziale dovesse condurre a constatare che le stesse finalità perseguite attraverso la scelta della legge straniera sono raggiungibili con altrettanta soddisfazione tramite l'applicazione del diritto italiano il ricorso al trust sarebbe privo di ragionevolezza, ove pur non illegittimo(90).

Alla luce delle considerazioni svolte, è pertanto necessario esaminare più a fondo il ruolo e la responsabilità del notaio in relazione al ricevimento o all'autenticazione di atti istitutivi di trust, come si farà nei paragrafi seguenti.

## 7. - Il ruolo e la responsabilità del notaio: considerazioni generali.

Affrontare un tema di così ampio respiro quale la responsabilità del notaio in relazione alla stipula dell'atto istitutivo di trust è compito non facile, soprattutto alla luce della "trasversalità" propria dell'istituto e della sua estrema flessibilità operativa, ciò che imporrebbe un'approfondita analisi delle leggi straniere che sono chiamate a governare la fattispecie e delle clausole contenute nei singoli atti istitutivi, il tutto da esaminare nel rapporto con le norme del no-

### Note:

(85) L'art. 2447 c.c. impone limiti (per es. 10% del patrimonio netto della società) ed adempimenti pubblicitari certamente non superabili con il ricorso al trust.

(86) Sul piano strutturale occorre infatti distinguere l'atto istitutivo del trust dall'atto di trasferimento dei beni o diritti al trustee. Cfr. G. De Nova, *Trust: negozio istitutivo e negozi dispositivi*, in TAF, 2000, 162.

(87) Vedi Trib. Lucca, 23-9-1997, in FI, 1998, I, 2007 e 3391.

(88) Vedi in proposito A.E. von Overbeck, *Rapport explicatif*, cit., §54. Cfr. inoltre M. Lupoi, *Lettera a un notaio*, cit., 348 ss..

(89) Cfr. A. Zoppini, *Le successioni in diritto comparato*, in *Trattato di diritto comparato* diretto da R. Sacco, Torino, 2002, 74 ss.

(90) Si leggano in proposito i rilievi di A. Gambaro, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, VIII, t. 2 diretto da A. Cicu, F. Messineo L. Mengoni, Milano, 1995, p. 639-640, il quale ritiene che il rischio di lacune critiche a parte subiecti in relazione all'impiego del trust vada tenuto ben presente nel valutare il ricorso all'istituto in ambiente di civil law.

**Prassi negoziale**

stro ordinamento interno e, ancor prima, da coordinare con i principi generali.

Rinviando a successivi studi l'esame dei rapporti tra legge straniera e legge italiana, clausole degli atti istitutivi e ordinamento interno, non si può comunque non sottolineare che la materia offre profili di particolare delicatezza e che il notaio, nell'accostarsi, deve considerare con grande attenzione e prudenza la estrema varietà delle fattispecie prevedibili e delle norme chiamate in causa, tenuto conto che ruolo e responsabilità del notaio connessi alla sua pubblica funzione non mutano nella specifica materia(91).

L'analisi dei profili di responsabilità del notaio che stipula l'atto istitutivo di trust andrà effettuata in stretta connessione con quanto affermato nei par. precedenti e l'aver ammesso, sia pure problematicamente, la legittimità in astratto del trust interno, non esime certo il notaio dallo svolgere i compiti che istituzionalmente gli competono quale istituzione che mira a fornire certezze in merito all'assetto ed alla titolarità dei diritti, compiti che in questa materia e per tutte le ragioni indicate nei paragrafi precedenti, devono essere svolti con particolare attenzione e rigore.

## 8. - Intervento in atto notarile di persona che si dichiara trustee.

Si è già all'inizio precisato che nel caso in cui il trustee acquisti o venda un bene, o compia qualsiasi altro atto relativo ai beni del trust fund, il notaio – ove richiesto - ha l'obbligo di accettare l'incarico.

Ciò discende – e su questo vi è unanimità di consensi – dall'art. 11, comma 2, Conv. in forza del quale “...il trustee [ha] la capacità di ... di comparire, in qualità di trustee, davanti a notai o altre persone che rappresentino un' autorità pubblica”.

In queste fattispecie si pone solo un problema di verifica della legittimazione a disporre da parte del trustee(92).

Prima questione è se la fattispecie di intervento in atto di un trustee rientri o meno nell'ambito applicativo dell'art. 54 r. not., a norma del quale “I notari non possono rogare contratti nei quali intervengano persone che non siano assistite od autorizzate in quel modo che è dalla legge espressamente stabilito, affinché esse possano in nome proprio od in quello dei loro rappresentanti giuridicamente obbligarsi”.

Su tale punto si osserva come tradizionalmente la

norma si è considerata applicabile ai soli casi di rappresentanza ed assistenza di soggetti incapaci o semi-incapaci. La tesi estensiva invece ritiene applicabile la norma anche ai casi di rappresentanza organica e volontaria(93).

Detto questo potrebbe ritenersi la norma non applicabile alla fattispecie di intervento in atto del trustee di un trust, trattandosi di soggetto pienamente capace, che agisce in nome proprio, quale gestore dei beni in trust.

Il trustee è un soggetto titolare di diritti nell'interesse altrui; a costui quindi non saranno in alcun modo applicabili le norme previste in tema di procura o mandato.

Se ciò è vero in linea di principio, non è men vero che l'art. 54 r. not. è norma che costituisce un punto di riferimento generale per tutte le ipotesi in cui siano coinvolte questioni di legittimazione a disporre (in linea, del resto, con la tesi prevalente).

Pertanto, al di là delle ipotesi in cui un soggetto interviene in atto notarile senza disvelare la sua qualità di trustee, negli altri casi, qualora cioè tale soggetto si presenti di fronte al notaio quale trustee di uno specifico trust potrebbe trovare applicazione l'art. 54 r. not, con la precisazione che segue.

È vero che il trustee è proprietario dei beni e quindi, come già detto, in linea di principio dovrebbe agire senza dovere giustificare i propri poteri (salvo eventualmente dare prova di essere il trustee in carica in quel momento), al fine di evitare che gli

### Note:

(91) La novità del tema è testimoniata dalla limitata presenza di dottrina e dalla totale assenza di pronunce giurisprudenziali. In dottrina sul tema cfr. A. De donato, *Trust: aspetti notarili*, in *Quaderni di Fedemotizie*, 12, 2001, p. 23; A. Fusaro, *Trust: la responsabilità del notaio*, in *Quaderni di Fedemotizie*, 12, 2001, p. 40; G. Gallizia, *Il notaio e la legge del trust*, in *Quaderni di Fedemotizie*, 12, 2001, p. 46; M. Dolzani, *La responsabilità del notaio: il caso particolare del trust azionario*, in *Quaderni di Fedemotizie*, 12, 2001, p. 47; L.F. Rizzo, *Dibattito sulla legge regolatrice del trust e ruolo del notaio*, in *TAF*, 2001, 3, p. 333; M. Lupoi, *Dibattito sulla legge regolatrice del trust e ruolo del notaio*, in *TAF*, 2000, p. 484; Id., *Trusts*, Milano, 2001, p. 582; G.F. condò, *Dibattito sulla legge regolatrice del trust e ruolo del notaio*, in *TAF*, 2000, p. 478; G. De nova, *Dibattito sulla legge regolatrice del trust e ruolo del notaio*, in *TAF*, 2000, p. 475; R. Luzzatto, *Dibattito sulla legge regolatrice del trust e ruolo del notaio*, in *TAF*, 2000, p. 473; A. Fusaro, *Legge regolatrice del trust e ruolo del notaio*, in *TAF*, 2001, 2, p. 177; S. Bartoli, *Il trust*, Milano, 2001, p. 771 ss.

(92) Sulla questione cfr. S. Tondo, *Ambientazione del trust nel nostro ordinamento e controllo notarile sul trustee*, in *AA.VV., I trusts in Italia oggi*, cit., p. 198 ss; in *Studi e Materiali*, 5.2, Milano, 1998, p. 869 e in *RDP*, 1997, p. 174; S. Bartoli, *Il trust*, cit., p. 783 ss.

(93) Cfr. S. Tondo, *Controllo notarile sui presupposti dell'atto negoziale*, in *Studi e materiali*, 1, Milano, 1986, p. 368 ss.; G. Casu, *Funzione notarile e controllo di legalità*, in *RN*, 1998, p. 561 ss.

eventuali limiti costituiscano un vincolo alla circolazione dei beni(94); tuttavia, tenuto conto del fatto che la qualità di trustee implica la titolarità di un ufficio in virtù del quale la proprietà di cui egli è titolare deve essere gestita in modo da soddisfare un interesse di soggetti terzi (nel caso di trust con beneficiari) o comunque un interesse che trascende la sfera giuridica personale del trustee (nel caso di trust di scopo)(95), il notaio non può trascurare che il trustee è un proprietario che ha il potere di scambiare ricchezza ma non di distruggerla, con tutte le relative conseguenze con riferimento all'art. 54 r. not.(96).

Può inoltre aggiungersi che non si tratta di valutare soltanto la posizione del trustee ma anche quella dei terzi che con lui contrattano.

In linea generale le limitazioni ai poteri del trustee contenute nell'atto istitutivo di trust non saranno opponibili al terzo acquirente a titolo oneroso di buona fede, ma resterà ferma la responsabilità del trustee secondo la legge regolatrice(97).

Tenuto conto che molto spesso gli atti istitutivi di trust contengono clausole che variamente condizionano la "competenza" del trustee, anche indicando operazioni non implicanti responsabilità, è sicuramente da approfondire il ruolo che in tale vicenda debba svolgere il notaio, nel caso in cui il trustee abbia svelato la propria qualità o il vincolo in trust risulti "rivelato" per il bene oggetto dell'atto, dal momento che al trustee, come chiarito, non possono applicarsi le norme in tema di rappresentanza, né volontaria né organica.

## 9. - Conclusioni.

Dopo questo *excursus* pare abbastanza chiaro che anzitutto il notaio ed il notariato non possono esimersi dall'approfondire ulteriormente la materia, soprattutto per ciò che concerne il rapporto fra norme della legge regolatrice e norme del nostro ordinamento interno nonché meritevolezza e legittimità degli interessi che si intendono perseguire con il ricorso al trust.

Non può infatti negarsi che il trust (anche interno) è una realtà che vive ed opera nel nostro ordinamento in virtù della Convenzione de L'Aja, ratificata e pienamente operante e che la giurisprudenza si è finora espressa in termini ampiamente positivi.

D'altro canto non v'è dubbio che i problemi di adattamento dell'istituto sono molteplici e il compito dell'operatore giuridico che intende strutturare

un'operazione utilizzando il trust è molto delicato, soprattutto alla luce del fatto che occorre utilizzare una legge straniera, la cui interpretazione, trattandosi il più delle volte di ordinamenti di *common law*, si ricava non dai manuali bensì dall'esame dei precedenti, non semplici da individuare (anche se i mezzi informatici ormai ne agevolano davvero la ricerca).

In particolare, negli ordinamenti di *common law* i precedenti giudiziari assurgono infatti al ruolo di fonte del diritto in senso formale, pertanto nel panorama giuridico internazionale le leggi in materia di trust, a prescindere dalla loro redazione più o meno minuziosa, non sono da considerarsi esaustive.

Considerata la complessità della materia è da ritenere, qualora si aderisca alla tesi che il notaio che accetta l'incarico di redigere un atto istitutivo di trust assuma la responsabilità della conoscenza della legge straniera, che egli debba anche conoscere le regole di origine giurisprudenziale destinate a governare la validità dell'atto di trust.

È certo, quindi, che la complessità dell'istituto richiede una preparazione minuziosa e, salvo limitatissimi casi, mai potrà essere un "prodotto pronto".

Ciò significa che la verifica in merito alla utilizzazione del trust rispetto ad altri istituti a noi più familiari andrà effettuata di volta in volta, con riguardo alla concreta fattispecie, alla luce del livello di certezza giuridica che tramite esso si può conseguire.

Soprattutto con riferimento a quest'ultimo aspetto, è evidente che se il notaio vuole assumere un ruolo importante deve farlo secondo ciò che costituisce il suo "dna", quello di foro privilegiato di produzione di strumenti giuridici dotati di certezza. Sarebbe pertanto erroneo assumere un ruolo di totale distacco,

### Note:

(94) Molte leggi del modello internazione dispongono in tal senso. Ad es. la recente legge sul trust emanata dalla Repubblica di San Marino (l. 17 marzo 2005, n. 37), all'art. 32 dispone espressamente che "Salve le disposizioni di cui all'articolo 9, comma 7, il trustee dispone dei beni in trust senza limitazioni di sorta, e senza mai dovere giustificare i propri poteri". Per un primo commento a tale legge cfr. AA.VV., *Il trust nella nuova legislazione di San Marino*, Maggioli Editore, 2005.

(95) Cfr. S. Bartoli, *Il trust*, cit., 785; S. Tondo, *Ambientazione*, cit., p. 199.

(96) Per fare un esempio attuale: la simulazione del prezzo con occultamento del reale corrispettivo comporta per la controparte, e per il Notaio se conosciuta, il concorso in truffa nei confronti dei Beneficiari del Trust, del resto questo rischio è analogo in tutti i casi (amministratore di società o procuratore) in cui una persona agisce nell'interesse altrui.

(97) Cfr. S. Tondo, *Ambientazione*, cit., p. 885.

limitandosi, in materia di trust, a svolgere il compito di mero certificatore.

Anche in questo settore il notaio dovrebbe assumere un ruolo attivo, proprio al fine di evitare che vengano immessi nel circuito giuridico atti che producano incertezza in merito all'assetto ed alla titolarità dei diritti. Si deve evitare, per quanto possibile, di rimettere alla decisione giudiziaria rapporti aventi rilevanza non solo sul piano patrimoniale ma anche, e soprattutto, sul piano sociale; conseguentemente, in particolare modo per i trust destinati a durare nel tempo, dovrà porsi particolare cura nel rendere co-

noscibile con certezza il trust e le sue regole(98) nonché le successive vicende relative ai soggetti che ruotano attorno al trust (trustee, beneficiari, ed eventualmente guardiani) in modo da evitare, per quanto possibile, le incertezze da parte dei terzi.

Luigi Francesco Risso, Daniele Muritano

**Nota:**

(98) La conservazione a raccolta dell'atto istitutivo, ove non si sia scelta la forma pubblica, è quindi sempre opportuna.

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  
Ipsoa

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

STAMPA  
Arti Grafiche Stefano Pinelli srl  
Via Farneti, 8 - 20129 Milano  
licenziato per la stampa il 15 maggio 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: rivistatrusts@unige.it

**AMMINISTRAZIONE**

Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri  
arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.  
scrivere o telefonare a:

**Ipsoa Servizio Clienti**  
Casella postale 12055 - 20120 Milano  
telefono (02) 824761 - telefax (02) 82476.799

**MODALITÀ DI PAGAMENTO**

- Versare l'importo sul c.c.p. n. 583203 intestato a WKI s.r.l.  
Gestione incassi - Strada 1, Palazzo F6, Milanofiori  
*oppure*

- Inviare assegno bancario/circolare non trasferibile  
intestato a Wolters Kluwer Italia s.r.l.  
Indicare nella causale del versamento il titolo della rivista  
e l'anno dell'abbonamento.

Prezzo copia: € 50,00

Arretrati: prezzo dell'anno in corso all'atto della richiesta

**DISTRIBUZIONE**

Vendita esclusiva per abbonamento  
Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è  
comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per  
gli effetti del combinato disposto dall'art. 74 del D.P.R.  
26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive  
modificazioni e integrazioni

Egregio abbonato,  
**Ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30.6.2003 n. 196**, La informiamo che i Suoi dati sono conservati nel data base informatico del titolare del trattamento, Wolters Kluwer Italia S.r.l. Responsabile del trattamento: Ufficio MID. L'elenco aggiornato di tutti i responsabili del trattamento potrà essere richiesto per iscritto all'Ufficio MID presso la sede della società. I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, da enti e società esterne ad essa collegati, nonché da soggetti terzi, titolari autonomi del trattamento, solo per l'invio di materiale amministrativo-contabile, commerciale e promozionale. Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione scritta a Wolters Kluwer Italia S.r.l., Ufficio MID, Milanofiori, Strada 1-Palazzo F6, 20090 Assago (MI).

# Il trust quale soggetto passivo delle imposte sui redditi

Agenzia delle Entrate  
 Direzione Centrale Normativa e Contenzioso  
 Settore Fiscalità Indiretta e Internazionale  
 Ufficio Procedure Fiscali

Roma, 26 novembre 2003

Alla Mancinelli & Associati  
 Company SRL  
 in persona del  
 dott. Maurizio Bastianelli  
 Via Caduti del Lavoro 40  
 Ancona

e, p.c. Alla Direzione regionale  
 delle Marche  
 Ancona

Prot. n. 2003/192508

Oggetto: Profili tributari connessi all'istituzione di un *trust* irrevocabile, di tipo discrezionale, non esercente attività commerciale - interpello 34212003 Art. 11, legge 212/2000

La Mancinelli & Associati *trust* Company ha presentato istanza interpello ai sensi dell'articolo 11 della legge 27 luglio 2000, n. 212, con riferimento al seguente

## Fatto

L'istante risulterà *trustee* di un *trust* che il sig. R.A. intende istituire a norma della Convenzione dell'Aja del 1 luglio 1985, ratificata dalla Repubblica Italiana con legge 16 ottobre 1989, n. 364.

Nel caso specifico si è in presenza di un *trust* interno, non esercente attività di carattere commerciale, i cui elementi caratterizzanti, ad eccezione della legge regolatrice, sono tutti connessi all'ordinamento nazionale.

In particolare, trattasi di un *trust* irrevocabile e discrezionale, in cui i beneficiari, ancorché individuati, "non hanno alcun diritto predeterminato a ricevere frutti, utilità, benefici o beni in *Trust*". Spetta, infatti, al *trustee* stabilire se attribuire delle utilità, ai Benefi-

ciari, nel rispetto delle clausole dell'atto istitutivo e degli scopi del *trust*, che consistono nel provvedere ai bisogni e alla sicurezza economica della famiglia del disponente.

Il disponente si propone di costituire il *trust* in questione per atto pubblico o scrittura privata autenticata e di trasferire contestualmente al *trustee* una somma di denaro che sarà compresa nei beni cosiddetti in *trust*.

Successivamente all'istituzione del *trust*, il disponente intende trasferire gratuitamente al *trustee* una quota di partecipazione in una S.p.A. non quotata con sede in Italia. La quota di partecipazione non è posseduta dal disponente in regime di risparmio amministrato ex art. 6 del D.Lgs. 461/97.

## Quesito

L'istante chiede di conoscere il trattamento tributario delle operazioni come sopra rappresentate, connesse in particolare, con:

- la istituzione del *trust* e contestuale conferimento di una somma di denaro;
- il trasferimento in *trust*, a titolo gratuito, della piena proprietà della quota di partecipazione;
- la determinazione del costo o valore di acquisto della quota di partecipazione trasferita in *trust*;
- la percezione dei dividendi da parte del *trust*;
- il conseguimento di altri redditi imputabili al *trust*.

## Soluzione prospettata nell'istanza

L'atto istitutivo quale mero atto programmatico che non ha natura dichiarativa e in via generale non comporta il trasferimento di diritti, a giudizio dell'istante, rientra nell'ambito di applicazione dell'articolo 11, parte prima, della Tariffa, del Testo Unico dell'imposta di registro, approvato con DPR 26 aprile 1986, n. 131, al pari dell'atto costitutivo di fondo patrimoniale, "istituto perfettamente omologabile al *trust*".

Tuttavia, nel caso di specie, come evidenziato dal

## Nota:

L'interpello è commentato da M. Bastianelli, *supra*, 385.

**Prassi negoziale**

medesimo istante, il negozio istitutivo di *trust*, non si limita a conferire al *trustee* i necessari poteri di gestione, ma prevede anche l'elargizione di una somma di denaro.

Posto che tale atto dispositivo di beni in *trust* non è sorretto da una causa liberale, in quanto il disponente non intende arricchire il *trustee*, l'istante giunge alla conclusione che nel caso di specie non sussistano i presupposti per l'applicazione dell'imposta sulle donazioni. L'istante, pertanto, ritiene sia applicabile l'imposta di registro in misura fissa, ai sensi dell'articolo 11 della Tariffa, parte prima, del Testo Unico dell'imposta di registro approvato con DPR 26 aprile 1986, n. 131. La misura fissa troverebbe giustificazione nella funzione del conferimento, volto alla realizzazione del programma del disponente e non espressione dell'obbligazione che lo stesso assume.

In base alle considerazioni sopra evidenziate, la medesima soluzione è prospettata in relazione al trasferimento in *trust*, a titolo gratuito, della quota di partecipazione in una S.p.A., che sarà acquisita dal *trust* secondo l'ultimo costo fiscale o valore di acquisto del disponente.

I dividendi di tale quota di partecipazione, percepiti dal *trust*, concorrerebbero come redditi di capitale alla formazione del reddito complessivo del *trust*, unitamente al credito d'imposta ad essi connesso, se attribuito, con diritto allo scomputo. Il *trust* di specie, infatti, si configurerebbe come autonomo soggetto d'imposta IRPEG esercente attività non commerciale ai sensi dell'articolo 87, comma 2, del TUIR, ossia come una delle "organizzazioni non appartenenti ad altri soggetti passivi nei confronti delle quali il presupposto dell'imposta si verifichi in modo unitario ed autonomo".

In caso di cessione a terzi di tale quota di partecipazione in *trust*, trattandosi nella fattispecie in esame di trasferimento non effettuato nell'esercizio dell'attività d'impresa, secondo l'istante, troverà applicazione l'art. 81 del T.u.i.r.

La vendita sarà soggetta alla tassa sui contratti di borsa ed esente da imposta di registro.

**Parere dell'Agenzia delle Entrate**

L'atto istitutivo di un *trust* è l'atto con il quale il disponente esprime la volontà di costituire un *trust* definendo un programma di attribuzioni.

Nel caso in esame, l'atto istitutivo è anche atto dispositivo, prevedendo il contestuale conferimento

di una somma di denaro affinché il *trustee* possa assolvere alle prime necessarie spese di gestione del *trust*.

In capo al disponente non vi è alcun animus donandi nei confronti del *trustee*. Quest'ultimo, del resto, non consegue alcun arricchimento del proprio patrimonio, posto che elemento essenziale e imprescindibile di qualsiasi *trust* è la cosiddetta segregazione dei beni in *trust*, ossia la separazione totale e definitiva tra la sfera patrimoniale del *trust* e la sfera patrimoniale del *trustee*. Pertanto, posto che il disponente non pone in essere un atto di liberalità indiretta, non sussistono nella fattispecie i presupposti per l'applicazione dell'imposta sulle donazioni ai sensi dell'articolo 56 bis del decreto legislativo 31 ottobre 1990, n. 346.

Ciò premesso, si è del parere che nel caso in esame trovi applicazione l'articolo 9, Tariffa parte prima, del Testo Unico dell'imposta di registro, secondo cui – in via residuale – per gli "atti diversi da quelli altrove indicati aventi per oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale" si applica l'imposta di registro nella misura proporzionale del tre per cento. La misura proporzionale trova giustificazione nella considerazione che il trasferimento in *trust* di un bene (in questo caso di una somma di denaro) è atto avente per oggetto una prestazione a contenuto patrimoniale.

In base alle considerazioni sopra espresse, si è del parere che l'art. 9, Tariffa parte prima, del Testo unico dell'imposta di registro trovi parimenti applicazione anche in relazione al trasferimento in *trust* della quota di partecipazione – mediante scrittura privata autenticata.

Circa il costo o valore d'acquisto della partecipazione affidata in *trust*, si condivide la soluzione prospettata dall'istante, secondo cui mediante il trasferimento gratuito della partecipazione in *trust* il *trustee* acquisisce a titolo gratuito l'ultimo costo fiscalmente rilevante ai fini delle imposte sul reddito in capo al disponente. Ciò al fine di evitare sia un salto d'imposta, sia una ingiustificata duplicazione d'imposta.

Riguardo la disciplina applicabile ai dividendi percepiti dal *trust*, come si è già evidenziato, elemento strutturale tipico del *trust* è la "segregazione" dei beni e/o diritti affidati nel "patrimonio" del *trustee*, ossia la separazione totale e definitiva tra la sfera patrimoniale del *trust* e la sfera patrimoniale del *trustee*, e il vincolo di destinazione allo scopo del *trust* che caratterizza la prima.



Nel *trust*, pertanto, la fonte di reddito ha la caratteristica di essere segregata rispetto alle altre fonti di reddito che fanno capo al *trustee*, in quanto finalizzata al raggiungimento dello scopo del *trust*. In altri termini, il *trustee* ha sì la disponibilità dei cespiti, ma non il diritto di acquisire i relativi redditi nel proprio patrimonio. Poiché infatti il possesso del reddito dei beni in *trust* è finalizzato al raggiungimento dello scopo, il *trustee* non è titolare del reddito del *trust*. I redditi dei beni in *trust* quindi, "segregati" rispetto ai redditi del *trustee*, affluiscono non in capo al *trustee* (che rispetto ai primi si attegga piuttosto come responsabile d'imposta), ma nel corpus del *trust*, affinché il *trustee* ne disponga secondo lo specifico scopo del *trust*. L'affidamento dei beni in *trust*, pertanto, configura un autonomo centro unitario di produzione di reddito.

Si ritiene, quindi, che soggetto passivo d'imposta non sia il *trustee*, bensì il *trust* quale autonomo centro unitario di produzione di reddito, dotato di autonoma capacità contributiva.

In base alle considerazioni sopra esposte, quindi, concordemente con le conclusioni cui è giunto il Co-

mitato di coordinamento del Servizio Centrale degli Ispettori Tributarî (Se.C.I.T.) con delibera dell'11 maggio 1998, n. 37, si ritiene che il *trust* in questione si configuri come autonomo soggetto d'imposta IRPEG ai sensi dell'articolo 87, secondo comma, DPR n. 917 del 1986, ossia come una delle "organizzazioni non appartenenti ad altri soggetti passivi nei confronti delle quali il presupposto dell'imposta si verifichi in modo unitario ed autonomo".

In particolare il *trust* in esame, che – come si evince dall'istanza – non ha per oggetto esclusivo o principale l'attività commerciale, può essere compreso tra gli enti diversi dalle società di cui alla lettera c) del comma 1 del citato art. 87.

Il riconoscimento della soggettività tributaria in capo al *trust* offre agevole soluzione anche agli altri quesiti posti nell'istanza, dovendosi ritenere che tutte le operazioni effettuate dal *trust* ed i redditi al medesimo imputabili vanno trattati secondo le ordinarie disposizioni disciplinanti il regime fiscale degli enti non commerciali.

Il Direttore Centrale  
 Vincenzo Busa

Pubblichiamo qui di seguito il testo dell'istanza a seguito della quale l'Agenzia delle Entrate ha pronunciato l'interpello sopra riprodotto.

All'Agenzia delle Entrate  
 Direzione regionale delle Marche

Oggetto: Istanza di interpello ai sensi dell'art. 11, legge 212/2000 – partecipazioni di società non quotate - trasferimento gratuito in *trust* e relativa amministrazione.

I sottoscritti

– XY, disponente, C.F. ..., nato in ... (BA) il ... e residente in ... ed ivi elettivamente domiciliato agli effetti del presente procedimento;

– QZ, C.F. ..., nato in Ancona il ... ed ivi residente in ... in qualità di legale rappresentante della MANCINELLI & ASSOCIATI Trust Company s.r.l., *trustee*, C.F. e P.I. 0205917 042 9, con sede legale in Ancona, via Caduti del Lavoro, n. 40, ed ivi elettivamente domiciliato agli effetti del presente procedimento;

– ..., beneficiario, C.F. ..., nata in ... ed ivi residente, in Via ..., ove elegge domicilio agli effetti del presente procedimento;

risvolgono, a codesta Direzione Regionale,

#### INTERPELLO

Ai sensi dell'articolo 11 della Legge n. 212 del 27 luglio 2000, in ordine alla disciplina fiscale da applicare al trasferimento gratuito, in *trust*, di una quota di partecipazione e connessi adempimenti propedeutici e consequenziali.

#### DESCRIZIONE DELLO STRUMENTO TRUST

Preliminarmente, in considerazione della novità dell'istituto (*trust*) utilizzato, si ritiene doveroso formulare brevi considerazioni di carattere civilistico e tributario.

#### Profili civilistici

Con la ratifica, senza riserva, della Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985, intervenuta tramite la legge 16 ottobre 1989, n. 364, entrata in vigore il 1° gennaio 1992, gli effetti di *trust* validamente istituiti vengono riconosciuti anche dall'Ordinamento italiano. In effetti, la Convenzione dell'Aja, sancendo la libertà di scelta della legge applicabile ai *trust* (art. 6 della convenzione), ha implicitamente riconosciuto la possibilità di istituire *trust* anche in Paesi, come l'I-

**Prassi negoziale**

talia, che non hanno una normativa interna che disciplini l'istituto(1).

Le caratteristiche essenziali del *trust* possono ricavarsi dall'amplessima definizione contenuta nell'art. 2 della Convenzione richiamata, secondo la quale per "*trust* s'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 specifico".

L'istituto, sulla base delle previsioni della Convenzione dell'Aja, presenta le seguenti caratteristiche essenziali.

– I beni in *trust* sono trasferiti al *trustee*, che ne diventa pieno titolare; il trasferimento recide ogni legame tra i beni ed il disponente che non ha più alcun diritto reale sui beni trasferiti, né alcun diritto di natura personale nei confronti del *trustee*; il *trustee* è il proprietario dei beni ad esso trasferiti in *trust*.

– I beni in *trust* formano una massa distinta e non si confondono con il patrimonio personale del *trustee*; i beni in *trust* sono "segregati"(2) e non possono essere aggrediti dai creditori particolari del *trustee*, rimangono separati in caso di fallimento, non fanno parte del suo regime matrimoniale né rientrano nella sua successione.

– Il *trustee* è investito del potere ed onerato dell'obbligo, di cui deve rendere conto, di gestire e disporre dei beni in *trust* secondo i termini del *trust* e le norme imposte dalla legge applicabile.

– Il *trustee*, al di fuori dei casi in cui sia anche uno dei beneficiari, nel pieno rispetto dei principi del *trust*, non può trarre alcuna utilità dai beni in *trust*. I redditi ed i proventi dei beni in *trust*, non accrescono il patrimonio personale del *trustee* che ne rimane, pertanto, completamente insensibile.

È beneficiario del *trust* (ovvero colui nel cui interesse sono posseduti e gestiti i beni in *trust*) il soggetto, determinato o determinabile, che ha il diritto di agire contro il *trustee*, perché vengano adempiute le obbligazioni che questi ha assunto accettando l'incarico di *trustee*.

Nei *trust* cosiddetti discrezionali il beneficiario non è titolare di alcun diritto sul reddito dei beni in *trust* o sul patrimonio del *trust*; egli ha il diritto, tutelato dalla legge, affinché il *trustee* eserciti i propri poteri ed adempia alle obbligazioni assunte secondo le modalità ed i termini previsti dall'atto istitutivo del *trust*.

Spesso è prevista la figura di un terzo soggetto,

denominato guardiano ("*protector*") il cui compito si sostanzia nel controllare che il *trustee* svolga le sue funzioni in relazione al contenuto dell'atto istitutivo del *trust* ed alla legge applicabile, nonché nell'esercitare alcuni poteri di indirizzo sull'attività del *trustee*.

Tali poteri non implicano, in nessun caso, l'ingerenza nella gestione dei beni, di cui è onerato solo ed esclusivamente il *trustee* che ne ha la piena responsabilità.

Inquadramento tributario

In assenza, in Italia, di una specifica normativa tributaria in materia di *trust*, si rende necessario mutuare le disposizioni vigenti ed applicarle alle particolari situazioni che scaturiscono dall'utilizzo dell'istituto(3).

Al momento consta una sola presa di posizione ufficiale dell'Agenzia delle Entrate (Ris. n. 8/E del 17/1/2003) che, unitamente ad uno studio elaborato nel corso del 2002 dalla DRE dell'Emilia Romagna ed alla delibera del Se.C.I.T. dell'11 maggio 1998, n. 37, costituiscono gli unici documenti elaborati dall'Amministrazione finanziaria ad interpretazione dell'istituto.

Sulla base di una consolidata ed univoca dottrina, avallata dalle fonti appena richiamate, il *trust* non costituisce, giuridicamente, un soggetto ma uno strumento.

Ciò nonostante, è possibile ricondurlo, tributariamente, nel novero dei soggetti di cui all'art. 87, comma 2° del T.u.i.r.: "organizzazione non appartenente ad altri soggetti passivi nei cui confronti il presupposto impositivo si realizza in modo autonomo ed unitario".

**Note:**

(1) Cfr. R.A.E. n. 8/E del 17/1/2003: "... possono essere riconosciuti effetti giuridici in Italia al *trust* costituito secondo la legge di uno Stato che lo prevede nel proprio ordinamento giuridico quale istituto tipico".

(2) Per la disciplina dei "patrimoni separati" vedasi la L. n. 130 del 30/4/1999 attinente le operazioni di cartolarizzazione (*securitization*) e la L. 289 del 27/12/2002, art. 84 ("Finanziaria 2003") in riferimento alla "cartolarizzazione" degli immobili pubblici.

(3) A sostegno del ricorso all'analogia in diritto tributario si segnala l'interpello prot. 954-109/2001, un passo del quale così recita: "In particolare, in diritto tributario, l'analogia è sostanzialmente ammessa in riferimento alle norme c.d. "procedurali" (norme sul "quantum") restando, invece, preclusa laddove si tratta di stabilire se un fenomeno è riconducibile o meno ad una determinata norma impositrice (norme sull'"an debeat"). L'analogia costituisce, in definitiva, un procedimento interpretativo del diritto positivo che si realizza ricercando ed applicando l'*eadem ratio*, laddove manca una norma che regoli la materia specifica di cui si tratta".

### QUESITI

Al fine di consentire un adeguato inquadramento della problematiche oggetto del presente interpello, si reputa necessario fornire alcune sommarie informazioni sulle caratteristiche del *trust* in questione.

#### Struttura del trust

Il disponente, persona fisica residente in Italia, non esercente attività commerciale, intende istituire, un *trust* nominando *trustee* la "Mancinelli & Associati Trust Company s.r.l.", soggetto che esercita professionalmente tale attività.

Trattasi di un *trust* c.d. "interno", in cui, l'unico elemento estraneo rispetto all'ordinamento nazionale, va identificato nella legge regolatrice (*Jersey*)(4); è irrevocabile e di tipo discrezionale, non esercita attività commerciale e trova motivazione nell'esigenza di: creare un assetto proprietario e patrimoniale dei propri interessi economici evitandone la frammentazione, provvedere ai bisogni ed allo sviluppo della famiglia attuale e futura, garantire una tutela patrimoniale personale a favore dei beneficiari (vedasi le premesse dell'atto istitutivo).

I beneficiari, trattandosi di *trust* discrezionale, sono individuati ma non hanno diritti predeterminati sui beni in *trust* o sui relativi frutti (vedasi art. 15 comma 2, dell'atto istitutivo). Nell'immediato, l'unico beneficiario sarà ..., moglie del disponente, già identificata; in futuro, unitamente alla moglie, altro beneficiario sarà ..., C.F. ..., nato in Ancona il ... (quindi minorenni), figlio del disponente che assumerà tale qualifica di beneficiario solo al raggiungimento della maggiore età. L'atto istitutivo prevede la possibilità, da parte del disponente, di modificare il numero dei beneficiari stessi in considerazione di eventuali loro discendenti in linea retta. Al momento della presentazione dell'istanza in oggetto, anche sulla base dell'atto istitutivo (vedasi art. 6, comma 1), l'unico beneficiario legittimato a sottoscrivere l'istanza *de qua* è individuabile in ..., moglie del disponente.

Il *protector* va identificato in ..., nato in ... il ..., padre del disponente, C.F. ...

L'atto istitutivo (artt. 22, comma 4 e 37, comma 2, 2° capoverso), tra le altre previsioni, precisa che tutti i redditi e frutti derivanti dai beni in *trust* accrescono il patrimonio in *trust* e, se necessario, vengono utilizzati nell'interesse dei beneficiari.

Il *trust* sarà istituito per atto pubblico o scrittura privata autenticata e, contestualmente alla sua istituzione, sarà trasferita al *trustee* una somma iniziale di

denaro pari a 1.000,00 €, necessaria per la gestione ordinaria dello strumento.

In un momento successivo all'istituzione del *trust*, il disponente, con apposito atto dispositivo, trasferirà gratuitamente al *trustee*, per il raggiungimento delle finalità del *trust* (e quindi, nell'interesse dei beneficiari), una quota di partecipazione in una società non quotata con sede in Italia, la Mancinelli & Partners s.p.a., C.F. e P.I. 0204231 042 1, con sede in Ancona, via Caduti del lavoro n. 40. La quota di partecipazione non è posseduta dal disponente in regime di risparmio amministrato ex art. 6 del D.Lgs. 461/97.

Dal punto di amministrativo, trattandosi di *trust* non esercente attività di carattere commerciale, si intende operare come segue:

- il *trust* richiederà il numero di codice fiscale all'Agenzia delle Entrate(5) e presenterà la dichiarazione dei redditi posseduti per mezzo del *trustee*;
- non essendo soggetto passivo ai fini I.V.A.(6), non richiederà l'attribuzione del numero di partita I.V.A.;
- ai fini delle imposte dirette, determinerà il proprio reddito ai sensi del Capo III, Titolo II, del Dpr 917/86, quale ente non commerciale.

#### *Quesiti specifici*

L'interpello ha ad oggetto i profili tributari connessi ad una serie di accadimenti che interesseranno la quota di partecipazione che si intende trasferire in *trust*:

- istituzione del *trust* con contestualmente conferimento di una somma di denaro (1);
- trasferimento in *trust*, a titolo gratuito, della piena proprietà della quota di partecipazione (2);
- costo o valore di acquisto della quota di partecipazione trasferita in *trust* (3);

#### Note:

(4) In linea con quanto affermato si ripropone un passo della R.A.E n. 8/E del 17/1/2003, che, per quanto concerne gli elementi essenziali del *trust*, presenta, profili di analogia con il caso di specie: "... Con riguardo alla fattispecie in esame, la cui legge regolatrice è la legge di *Jersey*, Isole del Canale, si evidenzia che trattasi di un *trust* "interno". L'unico elemento di internazionalità di tale *trust*, infatti, è la legge regolatrice, mentre sono residenti in Italia il disponente, i beneficiari, il *trustee* e sono situati in Italia il luogo di amministrazione del *trust* e i relativi beni".

(5) Ai sensi dell'art. 4, comma 1°, lett. b) del Dpr 605/73.

(6) In effetti, in ossequio alle previsioni di cui all'art. 4, comma 2, n. 2 del Dpr 633/72, solo nel caso in cui un soggetto abbia per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali o agricole può essere assoggettato alla disciplina I.V.A.; ne consegue che, nel caso di specie, a *contrariis*, non svolgendo attività commerciale, il *trust* non rientra nell'ambito di applicazione della normativa I.V.A.

**Prassi negoziale**

- dividendi percepiti dal *trust* per il possesso della quota di partecipazione (4);
- cessione della quota di partecipazione (5);
- assegnazione della quota di partecipazione ai beneficiari (6);
- trasferimento, in capo ai beneficiari, dei frutti e dei redditi derivanti dai beni in *trust*, tra cui, nell'immediato, è compresa la predetta quota di partecipazione (7).

**SOLUZIONI PROPOSTE**

Preliminarmente, si sottolinea come i quesiti appena esposti, in particolare i n. 5, 6 e 7, si riferiscono a situazioni certamente verificabili ma impossibili da prevedere a priori nell'*an* e nel *quantum*, in considerazione del carattere discrezionale del *trust* (vedasi art. 15, comma 2 dell'atto istitutivo). L'esigenza di avere, comunque, delle risposte in proposito, trova giustificazione, nella necessità, in particolare da parte del *trustee*, di operare con celerità e certezza giuridica, al fine di assolvere, nel migliore dei modi, gli obblighi assunti(7).

Per mero tuziorismo, si ritiene opportuno rimarcare che, le interpretazioni di seguito fornite, sono finalizzate solo ed esclusivamente ad individuare la corretta disciplina fiscale(8) applicabile agli atti appena descritti. Più specificatamente, le soluzioni a seguire, ad avviso dell'istante, garantiscono un "perfetto equilibrio" fiscale evitando "salti" ma anche ingiustificate duplicazioni d'imposta.

1) Atto istitutivo. In generale, l'atto istitutivo del *trust* (atto pubblico o scrittura privata autenticata), quale mero atto programmatico, non avente natura dichiarativa e non comportante il trasferimento di diritti, sconta l'imposta di registro in misura fissa (129,11 Euro). In tal senso si ritiene conferente richiamare la C.M. n. 221 del 30 novembre 2000 con cui, in chiave interpretativa, il Ministero delle Finanze, seppur in riferimento alla costituzione di un fondo patrimoniale, istituito perfettamente omologabile al *trust*(9), ha ribadito l'applicabilità dell'art. 11, parte prima, Tariffa allegata al Dpr n. 131/86(10), come recentemente confermato dalla Suprema Corte con la sent. n. 8162 del 19 febbraio 2002 – 6 giugno 2002(11). Analoga situazione, *mutatis mutandi*, si realizza con l'istituzione di un *trust*: i beni di cui diviene titolare il *trustee*, nell'esercizio delle sue funzioni, sono soggetti, comunque, a precisi vincoli di destinazione al cui rispetto è deputato il *trustee*, in ossequio alle previsioni di ammini-

strazione e responsabilità previste dalla legge regolatrice del *trust*.

Nel caso di specie, però, il negozio istitutivo oggetto di registrazione, non si limita al conferimento al *trustee* dei necessari poteri di gestione ma prevede, anche, l'elargizione di una somma di denaro, destinata a comporre inizialmente il *trust fund* per l'assolvimento delle necessarie spese di funzionamento dello strumento. In proposito, si ritiene applicabile l'imposta di registro. Trattasi, in effetti, di un atto dispositivo di beni in *trust*, a contenuto patrimoniale, interessato e quindi non sorretto da causa liberale, con il quale il disponente non intende arricchire il *trustee*(12).

Ne consegue, certamente, l'inapplicabilità dell'imposta sulle donazioni ex D.Lgs. 346/90, invocabile qualora si configurasse una "liberalità indiretta" disciplinata dall'art. 56-bis del decreto appena menzionato. Quindi, è lecito propendere per l'assoggettamento all'imposta di registro in misura fissa, ai sensi dell'art. 11 della Tariffa, parte prima, del Dpr 131/86. La misura fissa trova giustificazione nella natura del conferimento-dotazione di beni in *trust*, esclusivamente propedeutico alla realizzazione del "programma" del disponente e non espressione dell'obbligazione che lo stesso si assume. La non applicabilità dell'art. 9 della Tariffa parte prima del Dpr 131/86 (imposta in misura proporzionale del 3%), trova motivazione nella *ratio* dello stesso art. 9 da ultimo richiamato che richiede necessariamente una prestazione

**Note:**

(7) La puntualizzazione si ritiene necessaria per scongiurare l'inammissibilità dell'istanza.

(8) Per le problematiche fiscali attinenti il patrimonio "segregato" vedasi C.A.E. n. 8/E del 6 febbraio 2003, a commento della disciplina fiscale applicabile alle società veicolo (S.P.V.) costituite per la cartolarizzazione (*securitization*) dei crediti.

(9) In tal senso M. Lupoi "Trusts", seconda ed. p. 624 – 630.

(10) Più specificatamente, in un passo della C.M. si afferma che: "... l'atto di costituzione del fondo crea sui beni che ne fanno parte un vincolo di destinazione, realizzato attraverso particolari regole di amministrazione e responsabilità ...".

(11) Nella sentenza richiamata si legge: "Il caso in esame rientra, quindi, nella previsione di cui all'art. 11 della Tariffa menzionata, norma la quale, oltre a riguardare diverse fattispecie non contemplate negli articoli precedenti, assolve ad una funzione residuale con la previsione dell'aliquota fissa per gli atti pubblici e le scritture private autenticate non aventi per oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale".

(12) Non si ravvisa spirito di liberalità in quanto pur individuandosi un depauperamento spontaneo del disponente non si rileva un contestuale arricchimento dell'altrui (*trustee*) patrimonio.

corrispettiva. A tale conclusione è corretto pervenire in considerazione delle previsioni di cui all'art. 43, comma 1, lett. h), del Dpr 131/86 che individua la base imponibile delle prestazioni a contenuto patrimoniale(13) nell'ammontare dei corrispettivi pattuiti e non in riferimento al valore del bene oggetto della prestazione(14).

In definitiva, il trasferimento in trust di beni, a titolo gratuito, costituisce una prestazione a contenuto patrimoniale ma, in assenza di corrispettivi, risulta assoggettabile all'imposta di registro in misura fissa pari a 129,11 €(15).

Eventuali e successivi trasferimenti di denaro, effettuati a mezzo bonifico bancario e quindi in assenza di atti formali soggetti a registrazione a termine fisso, non sconteranno alcuna imposta per mancanza del presupposto impositivo ex art. 1 del Dpr. 131/86.

2) Per quanto concerne il trasferimento in trust della quota di partecipazione (azioni), mediante scrittura privata autenticata, ai fini dell'imposizione indiretta si ritengono perfettamente mutuabili le stesse considerazioni e successive conclusioni cui si è pervenuti in riferimento al quesito n. 1): imposta di registro applicabile in misura fissa pari a 129,11 €, ex art. 11 della Tariffa parte prima del Dpr 131/86.

Non si individuano i presupposti per applicare la tassa sui contratti di borsa in assenza di onerosità dell'operazione(16).

In riferimento alla posizione del *trustee*, per la disciplina applicabile per le imposte sui redditi, si ritiene sufficiente sottolineare che, in assenza di un'attività di carattere commerciale, i valori ricevuti gratuitamente non concorrono alla determinazione del relativo reddito complessivo.

Per quanto concerne, invece, le implicazioni fiscali in capo al disponente, persona fisica non esercente attività d'impresa, trattandosi di trasferimento a titolo gratuito, non sussistono i presupposti per il realizzo di plusvalenza alcuna. Tale trasferimento, in assenza di corrispettivo, non trova disciplina nel T.u.i.r., così come lascia intendere l'art. 81, comma 1, lett. c) e c-bis) del Dpr 917/86 che si applica solo

in presenza di atti a titolo oneroso con emersione di materia imponibile (*capital gain*) e conseguente imposta(17).

3) In merito al costo o valore di acquisto delle quote affidate in trust si ritiene che, mediante il trasferimento gratuito della partecipazione in trust, l'ultimo costo fiscale o valore di acquisto del trasferente

(disponente) venga acquisito dal *trustee* (cessionario) a titolo gratuito.

Questa conclusione trova giustificazione nel combinato disposto degli artt. 82, comma 5° e 54, comma 5° del T.u.i.r., unitamente all'art. 16, comma 2° della L. 18 ottobre 2001, n. 383, dal cui esame emerge il seguente *iter* logico-giuridico, applicabile analogicamente al caso di specie(18).

Scorrendo il dettato normativo dell'art. 82, comma 5° del T.u.i.r., come si evince dal contenuto letterale della disposizione, in caso di acquisto per donazione si prevede l'assunzione, quale costo, del costo del donante. Gli istanti ritengono che la previsione appena enunciata, nonostante il riferimento esplicito alla sola donazione, sia applicabile, "analogicamente", anche ai trasferimenti gratuiti non qualificabili, civilisticamente, come donazioni (tanto dirette che indirette). In sostanza, il vocabolo "donazione" non sarebbe, nel contesto dell'art. 82, comma 5°, utilizzato in stretta ed esclusiva aderenza al significato tecnico-giuridico, per identificare solo ed esclusivamente quel particolare negozio gratuito liberale (la donazione) bensì, può trovare applicazione

#### Note:

(13) Analoga locuzione si riscontra nel dettato normativo di cui all'art. 9 "Atti diversi da quelli altrove indicati, aventi per oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale".

(14) In tal senso R. Dominici in "Fiducia e trust" n. 1-2003 p. 350, allegato a "il Fisco" n. 2 del 20/1/2003.

(15) In tal senso CTR di Venezia, sez. 19, n. 104 del 24/10/2002 - 23/1/2003 che ha riformato la sent. n. 27 del 12/2/2001 - 29/3/2001 emessa dalla CTP di Treviso (la quale aveva deciso per l'applicabilità dell'imposta sulle donazioni) e documento della DRE Emilia Romagna *op. cit.*; *contra* CTP di Lodi, sez. I, sent. n. 135 del 3/10/2001 - 5/11/2001 che conclude per l'applicabilità dell'imposta di registro ma in misura proporzionale ex art. 9 della Tariffa parte prima del Dpr 131/86; per l'applicabilità dell'imposta sulle donazioni il Se.c.i.t. con delibera dell'11/5/1998.

(16) Cfr. R.M. n. 2922237 del 21/12/1985, unitamente alle Circolari ABI, serie tributaria, n. 12 del 24/5/1999 e n. 29 del 30/3/1992.

(17) In senso conforme il documento della DRE dell'Emilia Romagna, *op. cit.*, par. 2.1 ove si legge che "... Nel caso di soggetto non imprenditore ..., il trasferimento dei beni al trust è irrilevante dal punto di vista reddituale, sulla base delle disposizioni di cui all'art. 81, il semplice trasferimento di beni, senza corrispettivo, non realizza alcuna fattispecie impositiva ...". Alle stesse conclusioni perviene la R.A.E. n. 242/E del 19/7/2002 avente ad oggetto il trasferimento di partecipazioni detenute da un ente ecclesiastico (non commerciale) dall'ambito istituzionale a quello commerciale; in tale occasione il Ministero, per la parte che ci interessa, afferma che: "... in assenza di una specifica disposizione normativa che regoli la fattispecie e considerato che il trasferimento dei titoli ... non costituisce ipotesi di realizzo ...".

(18) In riferimento all'applicazione dell'analogia in diritto tributario si rinvia alle riflessioni riportate alla nota n. 3.

**Prassi negoziale**

anche per atti gratuiti, interessati o non liberali ma, comunque, privi di corrispettivo. Quanto affermato, in ordine all'utilizzo "atecnico" del termine donazione da parte del legislatore tributario, trova conforto nella C.M. n. 165/E del 26 giugno 1998, par. 2.3.2, in cui, in riferimento alla determinazione delle plusvalenze derivanti da cessioni a titolo oneroso si afferma che: "... Nel caso di acquisto per donazione il contribuente deve assumere il costo del donante e, cioè, quello che il donante avrebbe assunto come costo o valore di acquisto se, invece di donare l'attività finanziaria di cui abbia il possesso, l'avesse ceduta a titolo oneroso.

È stata quindi mantenuta la disciplina attualmente vigente prevista per i casi di acquisto a titolo gratuito, ciò al fine di evitare che la donazione possa essere utilizzata come strumento per aumentare il costo di carico fiscale delle attività finanziarie".

A giustificare il permanere, in capo al *trust*, dello stesso costo di carico fiscale individuabile nel disponente, si richiama un passo della già citata R.A.E. (n. 242/E del 19/7/2002)(19), in cui si afferma che "... I componenti di reddito debbono rilevare nel medesimo regime nel quale sono maturati e non in un regime diverso, al fine di evitare arbitraggi rivolti a scegliere il sistema di tassazione più conveniente ..." o, per coerenza, come è doveroso aggiungere, più oneroso.

A sostegno della soluzione proposta, conservazione in capo al *trustee* del costo fiscale della partecipazione trasferita dal disponente a titolo gratuito, depone, sul piano sistematico, anche il contenuto dell'art. 54, comma 5° del T.u.i.r. che disciplina il trasferimento, per atto gratuito, dell'azienda ai familiari. Più specificatamente, la norma da ultimo richiamata prevede che in caso di trasferimento d'azienda a titolo gratuito effettuato a favore dei familiari, la stessa è assunta ai medesimi valori riconosciuti in capo al dante causa(20).

Analogamente può affermarsi per il trasferimento a causa di donazione con prosecuzione dell'attività d'impresa, previsto dall'art. 16, comma 2°, L. 383/2001.

Le riflessioni di carattere normativo sinora formulate (che saranno utili anche per l'esame e le conclusioni dei quesiti successivi), trovano un conforto nella seguente considerazione logico-sistematica: per effetto della gratuità del trasferimento che implica l'assenza del presupposto impositivo, il cedente-disponente (persona fisica non imprenditore), non realiz-

za ne plus e tanto meno minusvalenze, per cui, il disconoscimento della continuità dei valori fiscali determinerebbe la scomparsa del costo fiscale di riferimento della partecipazione oggetto di trasferimento gratuito. In definitiva, opinando diversamente, e quindi disconoscendo la trasferibilità dei valori fiscali dal disponente al *trustee* (che, si ribadisce, acquisisce a titolo gratuito), si configurerebbe, in capo a quest'ultimo un costo fiscale della partecipazione ricevuta pari a zero, con conseguente ed ingiustificata duplicazione d'imposta, normativamente vietata dall'art. 127 del T.u.i.r. "... in dipendenza dello stesso presupposto neppure nei confronti di soggetti diversi".

4) Per quanto attiene la disciplina applicabile ai dividendi percepiti dal *trust*, in seguito alla distribuzione che può deliberare la Mancinelli & Partners s.p.a., società di cui all'art. 87, comma 1, lett. a) del T.u.i.r., in coerenza con quanto in precedenza affermato, si ritiene corretto pervenire alla seguente conclusione: concorreranno alla formazione del reddito complessivo del *trust*, quali redditi di capitale (analogamente ad una persona fisica), nel periodo d'imposta in cui saranno percepiti, unitamente al credito d'imposta ad essi connesso, se attribuito, con diritto allo scomputo(21). Quanto affermato trae fondamento dalla necessità di individuare, quale soggetto passivo d'imposta, colui nei cui confronti è possibile rinvenire il realizzarsi del principio costituzionale di capacità contributiva ex art. 53. Nel caso di specie, tale presupposto è riscontrabile solo nell'organizzazione dei beni in *trust*, manifestazione di forza economica che costituisce il presupposto d'imposta per il legislatore tributario. In definitiva il soggetto passivo d'imposta non può che essere il *trust*, organizzazione in seno alla quale il reddito si produce, anche se la materiale esecuzione delle obbligazioni resta a carico del *trustee*, il quale deve assolvere i necessari adempimenti.

Da quanto sopra ne consegue che, la successiva

**Note:**

(19) Vedasi nota n. 17.

(20) In tal senso, per tutte, Cass. n. 6837 del 18/5/2001.

(21) Ovviamente, nel caso in cui all'atto della delibera di distribuzione dei dividendi risulti socio il *trust* e, all'atto della riscossione, successiva, la titolarità della quota sia stata trasferita, gli utili saranno imponibili solo ed esclusivamente a carico del soggetto che li ha materialmente incassati. Cfr. C.M. n. 165/E del 24/6/1998 par. 2.3.2. e R.M. n. 260/E del 2/8/2002.

possibile(22) assegnazione, ai beneficiari persone fisiche, dei dividendi, già tassati quali redditi di capitale in capo al *trust*, non costituirà presupposto d'imposta avendo già assolto l'obbligo tributario.

Anche per tale conclusione valgono le medesime riflessioni formulate in riferimento al punto 3), in ordine al divieto di duplicazione d'imposta ex art. 127 del T.u.i.r.

5) Successiva vendita a terzi della quota di partecipazione affidata in *trust*. L'opzione è necessaria e, come già ampiamente evidenziato, si giustifica con l'impossibilità, all'atto dell'istituzione del *trust*, in quanto discrezionale, di prevedere se, quando e nei confronti di quale soggetto si potrebbe realizzare una cessione delle azioni.

Comunque, nel caso in cui tale eventualità si verifici, trattandosi di trasferimenti non effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa, troverà applicazione l'art. 81 del T.u.i.r.(23). Più specificatamente, per il calcolo della plusvalenza o minusvalenza, saranno presi a base i valori fiscalmente riconosciuti in capo al disponente(24). In sostanza, solo all'atto del trasferimento della partecipazione detenuta in *trust*, emergerà la plusvalenza o minusvalenza derivante dal confronto tra valore di alienazione e costo di carico fiscale in capo al disponente, che si assume trasferito in capo al *trust*(25).

In definitiva, in riferimento al trasferimento della quota di partecipazione dal disponente al *trust* e da questi a soggetti terzi, si realizza solo ed esclusivamente un differimento della individuazione dei presupposti per l'emersione, eventuale, di materia imponibile, scongiurando qualsiasi "salto d'imposta".

Per quanto attiene l'imposizione indiretta la vendita è soggetta alla tassa sui contratti di borsa ed è esente da imposta di registro, ai sensi del comma 5 dell'art. 34 del Dpr 601/73(26).

In materia di i.v.a., ovviamente, in coerenza con quanto affermato in precedenza, non sussistono i presupposti per l'assoggettabilità. In ogni caso, la *Trust company*, seppur soggetto esercente attività commerciale e titolare dei beni in *trust*, non è soggetto passivo i.v.a. in relazione al predetto *trust* e, quindi, per carenza del presupposto soggettivo, non è tenuta ad assolvere gli obblighi i.v.a., anche in dipendenza di operazioni oggettivamente rilevanti ai fini del tributo(27).

6) Assegnazione della quota di partecipazione ai beneficiari (vedasi artt. 7 comma 2, 22 comma 5 e 38 dell'atto istitutivo).

In alternativa all'alienazione a terzi, il *trustee*, sempre in esecuzione della discrezionalità del *trust*, potrebbe procedere con l'assegnazione della quota ai beneficiari. Questa opzione trova supporto nello scopo dello strumento in oggetto che si identifica nel beneficiare, alla cessazione del *trust* (*accumulation trust*) o al verificarsi di determinate circostanze previste nell'atto istitutivo, soggetti diversi dal disponente. In definitiva sino a che non si realizzano i presupposti previsti dal disponente non si realizza l'acquisizione del *trust fund* in capo ai beneficiari. Solo in quel momento si può considerare perfezionato il trasferimento dei beni in *trust* cioè il loro ingresso nella sfera giuridica dei beneficiari in esecuzione della volontà del disponente. Sino a quel momento, i beneficiari sono titolari di una mera aspettativa che non può, in nessun caso, integrare una manifestazione attuale di capacità contributiva. Con l'assegnazione dei beni ai beneficiari, si realizza una sorta di liberalità indiretta, un'attribuzione a titolo gratuito nei loro confronti, espressione dell'*animus donandi* del disponente. Si individuano, così, i presupposti per l'applicazione, nei confronti dei beneficiari dell'imposta sulle donazioni ex art. 56-*bis* del D.Lgs. 346/90 in combinazione con l'art. 13, comma 2 della L. 383/2001(28).

7) Da ultimo si affronta la questione attinente il trasferimento, in capo ai beneficiari, dei redditi derivanti dai beni in *trust* (vedasi art. 37, comma 2 dell'atto istitutivo).

Nel corso della vita del *trust* è possibile che alcune somme di denaro, derivanti dalla gestione in *trust* delle azioni (dividendi e/o plusvalenze), a discrezione

**Note:**

(22) Si rammenta, qualora sia necessario, che il carattere discrezionale del *trust*, implica, automaticamente, la possibile ed in certe circostanze necessaria, modifica delle intenzioni manifestate con la presente istanza.

(23) Il *trust*, nel caso di specie, è equiparabile, fiscalmente, ad un ente non commerciale e quindi assoggettabile alla medesima disciplina prevista per le pp. ff.

(24) Cfr. Documento della DRE dell'Emilia Romagna par. 2.5, *op. cit.*

(25) In coerenza con quanto affermato con riferimento al quesito n. 3.

(26) In tal senso C.M. n. 60/E del 29/3/2000.

(27) In effetti, se la *Trust company*, agendo in qualità di *trustee*, vende le azioni in *trust*, non è tenuta ad emettere fattura, anche se esente ex art. 10, n. 1, del Dpr 633/72, né ad assolvere gli altri adempimenti previsti dalla normativa i.v.a.

(28) Cfr. Documento della DRE dell'Emilia Romagna par. 1.1.3, *op. cit.*

**Prassi negoziale**

del *trustee*, siano assegnate ai beneficiari, soggetti non operanti nell'esercizio di attività commerciali.

In tal caso, per coerenza con le interpretazioni sopra fornite, si ritiene che la semplice assegnazione di somme di denaro o altri beni, indipendentemente dalla loro provenienza (cessione di azioni o percezione di dividendi), nell'ambito di un *trust* discrezionale, come quello in oggetto, non rientri in nessuna delle categorie reddituali di cui all'art. 6 del Dpr 917/86, non costituendo, quindi presupposto impositivo in capo ai beneficiari percettori. In effetti tanto i dividendi quanto le eventuali plusvalenze (derivanti dall'alienazione totale o parziale delle azioni), sono già state oggetto di tassazione in capo al *trust* che, si ribadisce, costituisce l'unico soggetto passivo d'imposta.

Diversamente opinando si incorrerebbe, anche in tal caso, in totale dispregio dell'art. 127 del T.u.i.r., in una palese violazione del divieto di doppia imposizione.

**SI FA PRESENTE CHE**

In assenza di risposta entro 120 giorni dalla data di presentazione dell'istanza, le soluzioni prospettate

dovranno ritenersi accettate dall'Ufficio in intestazione e non potranno essere emessi atti a contenuto impositivo o sanzionatorio con riferimento alla stessa fattispecie o ad altre analoghe riconducibili alla presente istanza, ai sensi dell'art. 5, comma 2, del D.M. 26/4/2001.

Eventuali comunicazioni dovranno essere effettuate per:

– il disponente, XY, in ...;

– il *trustee*, Mancinelli & Associati Trust Company s.r.l, al dott. ..., in Ancona, Via Caduti del Lavoro 40 ...;

– il beneficiario, sig.ra ..., sempre in ... via ...

Distinti saluti.

Ancona, lì

QZ

XY

...

Si allegano in copia:

– bozza dell'atto di *trust* che si intende istituire;

– fotocopia del libro soci attestante la titolarità della quota di partecipazione;

– prassi, giurisprudenza e dottrina richiamata.